Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft

und die

Verantwortlichkeit seiner Mitglieder.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ernst Otto,
Referendar in Halle a. S.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Merseburg.
Druck von Friedrich Stollberg.
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0103

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Vorbemerkungen 1

1. Die Notwendigkeit und Ständigkeit des Aufsichtsrats 1
2. Die rechtliche Stellung des Aufsichtsrats 7

B. Hauptteil 12

I. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats 12

a) Im allgemeinen 12

b) Im besonderen 21

1. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats bei der Gründung der Aktiengesellschaft 21
2. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats während des Bestehens der Aktiengesellschaft 25

a) Seine Tätigkeit als Aufsichtsorgan 25

α) Im allgemeinen 25

β) Dem Vorstande gegenüber 29

γ) Der Generalversammlung gegenüber 34

δ) Bei der Nachgründung 36

b) Seine Tätigkeit als Verwaltungsorgan 38

c) Seine Tätigkeit als Vertretungsorgan 42

3. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats bei Auflösung der Aktiengesellschaft 46

II. Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats 48

1. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit 48

a) Im allgemeinen 48

b) Der Gesellschaft gegenüber 52

c) Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber 58

d) Bei der Gründung, Nachgründung und Fusion 62

e) Aktionären und Dritten gegenüber 65

2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit 67

C. Schlussbemerkungen 75

Literatur-Verzeichnis.

Bauer, Der Aufsichtsrat, II. Aufl. 1900.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I, 1896.

Berichte der Kommission über den Entwurf eines Gesetzes, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 5. Legislaturperiode IV. Session 1884 Nr. 128 Bd. 4.

Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft in Iherings Jahrbücher f. d. Dogmatik d. bürg. R. Bd. 44 S. 225 ff.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Brockdorff, Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland in den Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, begr. von Hirth und v. Seydel, Jahrg. 1902 S. 735 ff.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1, 3. Aufl. 1900.

Das Recht, Rundschrift für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.

Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches u. Preussens I. Bd. 1902, II. 1899.

Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband u. a.

Engelmann, Das deutsche Handels-, Wechsel- u. Seerecht, 1899.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, des Reichsgerichts in Civilsachen, des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entwurf eines H.-G.-B. mit Ausschluss des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Amtliche Ausgabe. Guttentag 1896.

Entwurf eines Gesetzes, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung u. Anlagen, 1883. (Heymann.)

Esser, Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften, v. 18. Juli 1884, IV. Aufl. Berlin 1887.

Esser, Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des H.-G.-B. v. 1897, II. Aufl. 1899.

Frassati in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von v. Liszt u. v. Lilienthal, 1895, Bd. 15 S. 409 ff.

Fuld in „Der Gerichtssaal", Zeitschrift für Strafrecht usw., herausgegeben von Schwarze, Bd. 37 S. 431 ff.

Gareis, Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897, Handausgabe, IV. Aufl. 1909.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. 2, 1873.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 Bd. II, 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Lehmann.

Hagen, Über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft in Gruchots Beiträgen z. Erläuterung d. d. Rechts Bd. 42 S. 333 ff.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Bd. I, 3. Aufl. 1879.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 6, 1897.

Hergenhahn, Das Reichsgesetz, betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien u. die Aktiengesellschaften, 1891.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht u. Bankwesen, Steuer- u. Stempelfragen, herausgegeben von Heilbrunn.

Johow, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit usw., herausgegeben von Johow und Ring.

Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, 2. Auflage 1902.

Kayser, Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften a. A. und die Aktiengesellschaften, 1884.

Keyssner, Die Aktiengesellschaften, 1873.

Keyssner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft, 1878.

Keyssner, Vom Aufsichtsrat und dessen Vergütung in Goldschmidts Z. Bd. 48 S. 508 ff.

Küntzel, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, s. Rechte u. Pflichten, 1902.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaft Bd. II, 1904.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. I, 1902.

Litthauer-Mosse, Handelsgesetzbuch, 13. Aufl. 1905.

Loeb, Das Institut des Aufsichtsrats, seine Stellung u. Bedeutung im deutschen Aktienrecht u. der deutschen Volkswirtschaft, die Notwendigkeit u. Möglichkeit seiner Reform in Jahrbücher für Nationalökonomie u. Statistik, herausgeg. v. Conrad, Bd. 28, 1902.

Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 1884.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Buch I—III, XII. Aufl. 1898.

Mankiewicz, Die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897. Berlin 1899.

Merzbacher, Aktiengesetz, 1901.

Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. II.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, II. Aufl. 1906.

Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Kgl. Ober-Tribunals in Strafsachen Bd. 16, 19.

Passow, Die Entstehung des Aufsichtsrats i. Goldschmidts Z. Bd. 64 S. 27 ff.

Perl, Das Recht des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft i. Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 27, 1883 S. 338 ff., 621 ff.

Petersen und **v. Pechmann,** Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884. Leipzig 1890.

Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Kommentar zu Buch 2 Abschn. 3 u. 4 des H.-G.-B. vom 10. Mai 1897. Berlin 1899.

Pinner, Der Aufsichtsrat und seine Gegner i. D. J.-Ztg. VI. Jahrg. 1901 S. 373 ff.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst E.-G. II. Bd., 3. Aufl. 1907.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen H.-G.-B. I. Bd., 4. Aufl. 1893, bearbeitet v. Förtsch.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl. 1875.

Renaud, Die Klage des Aktionärs gegen die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft in Goldschmidts Z. Bd. 12 S. 1 ff.

Riesser, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht nebst Entwürfen für neue Statuten und für Statutenänderungen, 1899.

Ring, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Berlin 1886, 2. Aufl. 1893.

Ritter, Das H.-G.-B. mit Ausschluss des Seerechts, 1. Hälfte. Berlin 1909.

Rudorff, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Stuttgart 1898.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht u. Prozess, herausgegeben von Hoffmann u. a.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sievers in Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 87.

Simon, Recht u. Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstandes von Aktiengesellschaften zur Einberufung einer Generalversammlung i. D. J.-Ztg. 1904 S. 778 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. Bd. I, 1906.

Staudinger, Kommentar zum B. G.-B. Bd. II, 3./4. Aufl. 1907.

Stenglein, Die Reform des Aktienrechts in „Der Gerichtssaal" Bd. 60 S. 433 ff., 1902.

Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs, 3. Aufl. 1903 S. 967 ff.

Stier-Somlo, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 1905.

Stier-Somlo, Die Reform des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 53 S. 20 ff.

Tscharmann, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 1896.

v. Völderndorff, Das Reichsgesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften, v. 18. Juli 1884.

Warschauer, Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland. Berlin 1902.

Warschauer, Zur Aufsichtsratsfrage in Deutschland in Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, herausgeg. von Conrad u. a., Bd. 27 S. 788 ff., 1904.

Wieland in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 55 S. 469 ff.

Wittkowsky, Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder in Jur. Wochenschrift 1901 S. 768 ff.

A. Vorbemerkungen.

1. Die Notwendigkeit und Ständigkeit des Aufsichtsrats.

Das Gesetz vom 11. Juni 1870, die sog. erste Aktiennovelle, hob das Erfordernis staatlicher Genehmigung und Beaufsichtigung der Aktiengesellschaften auf und führte das System der Normativbestimmungen ein, d. h. wenn die Gründer bestimmte Vorbedingungen erfüllt hatten, trat die Aktiengesellschaft ipso iure ins Leben. Die Konzessionierung und Beaufsichtigung durch den Staat war damit beseitigt. Die Sicherheit des öffentlichen Verkehrslebens verlangte aber einen Ersatz für die weggefallene Staatsaufsicht. Diesen schuf das genannte Gesetz, indem es den bisher nur fakultativen Aufsichtsrat zu einem obligatorischen Organ der Aktiengesellschaft machte.[1])

Diese Bestimmung ist sowohl in der sog. zweiten Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 wie in dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 beibehalten worden. Während aber das Gesetz von 1884 den Satz: „jede Aktiengesellschaft muss (einen Vorstand und) einen Aufsichtsrat haben" ausdrücklich aussprach,[2]) schweigt das jetzige Handelsgesetzbuch.[3]) Dass das Gesetz aber an der Notwendigkeit eines Aufsichtsrats festhält, ergibt sich aus einer Reihe von Bestimmungen:[4]) §§ 190, 192 I, 193, 195 I, II_4, 196 III, 199 I_4, 315 H.-G.-B.

[1]) cf. Perl a. a. O. S. 344: „Zu diesem Organ hatte man das Vertrauen, dass es den Staatskommissarius mit seiner ‚Warnerfunktion' . . . nicht nur ersetzen, sondern dass es ein weit kräftigeres Bollwerk gegen Übervorteilung und Täuschung bilden werde." cf. Pinner in D. J.-Z. 1901 S. 373 f.

[2]) Art. 209 f.

[3]) cf. Denkschrift zum Entwurf eines H.-G.-B. 1896 S. 123: „Der Art. 209 f. des H.-G.-B., in welchem noch besonders ausgesprochen ist, dass die Aktiengesellschaft einen Aufsichtsrat haben müsse, ist entbehrlich, da sich der Grundsatz aus den übrigen Vorschriften des Gesetzes von selbst ergibt." cf. R.-G. Bd. 48 S. 45.

[4]) Dernburg a. a. O. § 86 S. 248 III.

Und nicht nur während ihres Bestehens, sondern bereits vor ihrer Entstehung muss die Aktiengesellschaft einen Aufsichtsrat haben.[1]) Dieser sog. erste Aufsichtsrat muss im Falle der Simultangründung (§ 190I H.-G.-B.) entweder von den Gründern gleich im Gesellschaftsvertrage bestellt oder in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung gewählt werden; im Falle der Sukzessivgründung (§ 190II H.-G.-B.) durch die Aktionäre in der von den Gründern einzuberufenden Generalversammlung.

Dass die Aktiengesellschaft vor ihrer Entstehung einen Aufsichtsrat haben muss, ist weiter aus § 195 H.-G.-B. ersichtlich. Hiernach muss die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, von sämtlichen . . . Mitgliedern . . . des Aufsichtsrats zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden (Abs. I), und gemäss Abs. II Ziff. 4 müssen die Urkunden über die Bestellung . . . des Aufsichtsrats beigefügt werden.

Aus diesen Bestimmungen ist zu ersehen, dass die Bestellung des Aufsichtsrats im öffentlichen Interesse zu erfolgen hat und nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. Würde dies trotzdem geschehen sein, so könnte die Aktiengesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

Ob diese Bestimmung über die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats sich aber auch auf die älteren, vor dem Inkrafttreten der Novelle von 1870 bereits bestehenden Aktiengesellschaften bezieht, ist bestritten. Anlass zu dieser Streitfrage hat das Gesetz von 1884 gegeben.

Wie schon hervorgehoben ist, spricht Art. 209f. ausdrücklich die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats für jede Aktiengesellschaft aus. Aber im § 2 der Übergangsbestimmungen wird dieser Artikel unter denjenigen Vorschriften erwähnt, welche auf Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten der Novelle angemeldet waren, keine Anwendung finden.[2])

Hieraus hat man gefolgert,[3]) der Gesetzgeber habe durch diese Stellung des Art. 209f. unter die Gründungsvorschriften,

[1]) Ritter a. a. O. S. 300.

[2]) Entwurf des Gesetzes von 1884 S. 55f.

[3]) cf. Esser a. a. O. zu Art. 209f.; Engelmann i. Jur. Wochenschr. Jahrg. 1886 S. 335f.

auf welche das Gesetz unter der angegebenen Voraussetzung nicht zur Anwendung kommen solle, zum Ausdruck bringen wollen, dass Art. 209 f. selbst nur eine Gründungsvorschrift sei und demgemäss auch nur für nach dem Inkrafttreten der Novelle neu gegründete Gesellschaften gelten solle. Und somit bestehe für diese älteren Aktiengesellschaften auch jetzt nicht die Notwendigkeit der Bestellung eines Aufsichtsrats.

Dieser Ansicht können wir heute nicht mehr beitreten. Wie bereits bemerkt, enthält das Handelsgesetzbuch von 1897 keine solche ausdrückliche Bestimmung wie Art. 209 f. der Novelle von 1884. Und gerade durch die Streichung dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber den Zweifel beheben, der durch die Erwähnung des Art. 209 f. in § 2 der Übergangsbestimmungen entstanden war.[1])

Dass der Gesetzgeber aber heute trotzdem an der Notwendigkeit eines Aufsichtsrats festhält, ist schon oben dargetan. Auch die Denkschrift betont dies:[1]) „Nach dem Entwurfe kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, dass alle Aktiengesellschaften ohne Ausnahme einen Aufsichtsrat haben müssen."

Unseres Erachtens ist damit deutlich zum Ausdruck gebracht, dass auch die älteren Gesellschaften einen Aufsichtsrat haben müssen. Auch folgt dies aus den Art. 24, 27, 28 des E.-G. z. H.-G.-B. von 1897. Hier finden sich die Vorschriften des heutigen Rechts, welche auf ältere Aktiengesellschaften keine Anwendung finden sollen, aber die hier in Frage stehenden sind dabei nicht angegeben.[2])

Unsere Ansicht wird weiter dadurch bestätigt, dass das Handelsgesetzbuch in verschiedenen Bestimmungen schlechtweg das Bestehen eines Aufsichtsrats voraussetzt, z. B. auch bei der Nachgründung.

Schliesslich ergibt sich diese Absicht des Gesetzgebers deutlich aus den unten zu erörternden wichtigen Funktionen, welche er dem Aufsichtsrat auferlegt hat, die aber ihre Bedeutung verlieren würden, wenn der Aufsichtsrat nicht für jede

[1]) cf. Denkschrift S. 123.

[2]) cf. Lehmann in Goldschmidts Zeitschr. 48 S. 114; D. J.-Z. Jahrg. 1901 S. 189.

Aktiengesellschaft, auch für die älteren vor dem Inkrafttreten der Novelle von 1870 entstandenen, obligatorisch wäre.[1])

Diese Bestimmung ist, wie schon kurz angedeutet, aus der Erwägung hervorgegangen, dass im Interesse und zum Schutze der Allgemeinheit, insonderheit der Aktionäre der Aktiengesellschaft, gegen einen etwaigen Missbrauch der dem Vorstande zustehenden Befugnisse ein Organ zu schaffen war, welches an Stelle des Staates die gesamte Geschäftsführung des Vorstandes zu beaufsichtigen und bei wichtigen Gesellschaftsangelegenheiten mitzuwirken hat. Denn die Generalversammlung konnte als ein solches, insbesondere zur Überwachung der Geschäftsführung geeignetes Organ schon um deswillen nicht angesehen werden, weil sie hierfür viel zu schwerfällig ist und ihre Mitglieder fast fortwährend wechseln. Zur wirksamen Erfüllung einer solchen Aufgabe aber war ein Organ erforderlich, welches nicht bloss zu gewissen Zeiten einen Einblick nimmt und gelegentlich prüft, sondern ein ständiges Organ, welches verpflichtet ist, sich dauernd mit den Angelegenheiten der Gesellschaft zu befassen und vertraut zu machen. Nur auf Grund einer solchen Tätigkeit vermag dann dasselbe eine wirksame Kontrolle auszuüben.

In diesem Sinne hat sich auch bereits die Allgemeine Begründung zum Entwurf des Gesetzes von 1884 ausgesprochen:[2]) „Neben der Verwaltung eines mit den weitestgehenden Befugnissen ausgestatteten Vorstands vermag nur ein ständiges Organ die Interessen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger mit Erfolg wahrzunehmen. Es reicht nicht aus, dass das Ergebnis der Verwaltung nur zu einer bestimmten Zeit einer sachverständigen Prüfung unterzogen wird. Verstösse gegen das Gesetz und den Gesellschaftsvertrag seitens des Vorstandes können vielmehr wirksam nur durch ein, die Verwaltung desselben stetig im Auge behaltendes Organ verhütet werden. Ein nur zeitweise fungierendes Organ wird meist dem schon eingetretenen Schaden gegenüberstehen und, unbekannt mit den einzelnen Vorgängen der Verwaltung, sich begnügen, seine

[1]) cf. Goldmann a. a. O. S. 830; Hergenhahn a. a. O. S. 58; Kayser a. a. O. S. 85; Petersen u. v. Pechmann S. 349; Puchelt-Förtsch S. 531; Pinner S. 45; Riesser S. 154 ff.; Ring S. 232; Staub S. 664 Anm. 4, 5; Tscharmann § 1 S. 8 ff.; v. Völderndorff S. 591; Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 95 ff.; R.-G. Bd. 48 S. 40.

[2]) cf. S. 211 f.

Tätigkeit auf eine rein formelle Prüfung der Rechnungen und der Buchführung zu beschränken, daher zu der Stellung einfacher Rechnungsrevisoren herabsinken. Es haben deshalb auch die meisten neueren Gesetzgebungen einem ständigen Kontrollorgane den Vorzug gegeben."

Auch das Handelsgesetzbuch von 1897 lässt deutlich erkennen, dass es den Aufsichtsrat als ein ständiges Organ aufgefasst wissen will. Es ergibt sich dies daraus, dass es, obgleich es zwar die Amtsdauer eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes zeitlich festlegt, ausdrücklich im § 315 mit Strafe droht, wenn die Aktiengesellschaft länger als drei Monate ohne Aufsichtsrat geblieben ist.

Im Anschluss an diese Darlegungen wollen wir hier noch kurz die Frage erörtern, ob es zulässig ist, als selbständiges Organ neben dem Aufsichtsrat, Vorstand und der Generalversammlung z. B. einen Verwaltungsrat zu errichten.

Die Allgemeine Begründung des Entwurfes von 1884 verneint die Zulässigkeit:[1]) „. . . . Der Entwurf darf einen Verwaltungsrat neben dem Aufsichtsrat als rechtlich selbständiges Organ nicht zulassen . . . . Ein sog. Verwaltungsrat bildet danach entweder einen Teil des Vorstandes oder des Aufsichtsrats. Ob das eine oder das andere der Fall ist, entscheidet sich nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages . . . . Von dieser Auffassung ausgehend, bringt der Entwurf im Art. 231 II den Verwaltungsrat in Wegfall."

Dies ist auch damals im Gesetz selbst geschehen. — Das Handelsgesetzbuch von 1897 enthält zwar auch nicht den Ausdruck „Verwaltungsrat", spricht aber im § 235 II i. V. m. Generalversammlung und Aufsichtsrat von einem „andern Organ", welches die Zustimmung für einzelne Geschäfte des Vorstandes erteilen soll. Aus dieser Bestimmung geht m. E. unzweifelhaft hervor, dass die Bestellung eines andern Organs, beispielsweise eines „Verwaltungsrats", nunmehr vom Gesetz ausdrücklich gestattet ist.[2])

[1]) cf. S. 220/221.

[2]) Zustimmend: Lehmann-Ring § 246 Nr. 8 S. 491; Loeb S. 4f. Anm. 3; Makower 1a § 243; Petersen u. v. Pechmann S. 461/462; Pinner S. 172 V; Ring S. 315f.; Ritter S. 301; Staub S. 840 Anm. 15; grundsätzlich auch Esser zu § 235 Anm. 6, wenn er sagt: „Der Verwaltungsrat ist gefallen, aber die Zulässigkeit jedes andern Organs ist aufrechterhalten".

A. M.: Bauer S. 87; Behrend S. 857 Anm. 8; Goldmann S. 1028 Ziff. 14; Mankiewicz S. 11; v. Völderndorff S. 597, 600; Tscharmann S. 10 u. a.

Auch ist nirgends im Handelsgesetzbuch zum Ausdruck gebracht, dass die Aktiengesellschaft nur die drei Organe: Generalversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat bestellen darf. Indem das Gesetz aber diese drei Organe mit Namen bezeichnet, will es eben als zwingende Norm aussprechen, dass diese drei Organe errichtet werden müssen. Es will somit, wie Staub[1]) mit Recht betont, nur eine Mindestorganisation aufstellen, was, wie unten zu erörtern sein wird, auch in andern Fällen des hier zu behandelnden Themas der Absicht des Gesetzes entspricht und wohlweislich mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit des Verkehrslebens angeordnet ist. — Und sonach bleibt es jeder Aktiengesellschaft überlassen, unter Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage neben den drei Hauptorganen noch andere Organe, beispielsweise einen „Verwaltungsrat", zu schaffen und diesen einen bestimmten Kreis von Rechten und Pflichten zuzuweisen. Dabei muss aber stets beachtet werden, dass dieses „andere Organ" immer nur eine Stellung neben den Hauptorganen einnehmen, niemals dagegen an deren Stelle treten kann.[2]) Daraus folgt auch, dass ihm niemals die gesetzlich notwendigen Befugnisse des Aufsichtsrats usw. übertragen werden können.[3]) Denn der Aufsichtsrat ist, wie oben gezeigt, ein gesetzlich notwendiges Organ der Aktiengesellschaft, und in dieser Eigenschaft sind ihm auch, wie weiter unten darzutun sein wird, gesetzlich notwendige Funktionen zugewiesen.

Nicht unbedingt erforderlich dagegen erscheint es meines Erachtens, dass die notwendigen Gesellschaftsorgane auch im Geschäftsverkehr die im Gesetz gebrauchten Bezeichnungen führen. So ist es z. B. üblich, dass der Aufsichtsrat die Bezeichnung „Kuratorium" usw. erhält, dass Vorstandsmitgliedern der Titel „Direktor, Generaldirektor" usw. beigelegt wird.[4]) Jedoch sollen nach einer Entscheidung des Kammergerichts[5])

[1]) a. a. O. S. 840 Anm. 15.

[2]) cf. R.-G. Bd. 48 S. 40 ff.

[3]) cf. § 246 IV H.-G.-B.; cfr. Holdheim Bd. 2 S. 66 f.; Pinner § 246 V S. 172 und die oben Genannten.

[4]) cf. Behrend S. 856 Anm. 3; Kayser S. 114 Nr. 3; v. Völderndorff S. 600; Petersen u. v. Pechmann S. 462; Tscharmann S. 10. A. M.: Ring S. 523 f.

[5]) cf. Johow Jahrb. Bd. 20 A S. 269.

bei Anmeldungen zum Handelsregister allein die vom Gesetz gebrauchten Bezeichnungen zur Eintragung kommen. Dieser Ansicht stimmen wir im Interesse der Einheitlichkeit, Übersichtlichkeit und Vereinfachung des Handelsregisters zu.

2. Die rechtliche Stellung des Aufsichtsrats.

Wir haben gesehen, dass der Aufsichtsrat ein gesetzlich notwendiges und ständiges Organ[1]) der Aktiengesellschaft ist. Als solches steht er neben Vorstand und Generalversammlung, bildet mit diesen die Aktiengesellschaft und stellt auch wie die beiden andern Organe im Rahmen seiner Befugnisse die Gesellschaft unmittelbar dar.[2]) Diese seine Befugnisse erhält er insbesondere durch das Gesetz und den Gesellschaftsvertrag und bestehen dieselben, wie schon der Name „Aufsichtsrat" besagt, hauptsächlich in einer Beaufsichtigung. Wen und was er zu beaufsichtigen hat und in welcher Weise dies zu geschehen hat, darüber soll unten des näheren gesprochen werden.

Organ der Aktiengesellschaft ist er aber zunächst nur in seiner Gesamtheit. Daneben stehen seine einzelnen Mitglieder nur als Organträger.[3])[4])

Nur zwischen diesen und der Gesellschaft besteht ein Vertragsverhältnis, nicht aber zwischen dem Aufsichtsrat als solchem und der Gesellschaft.[5])

Auch zwischen den einzelnen Aktionären oder der Gesamtheit derselben und den Aufsichtsratsmitgliedern wird kein Vertrag geschlossen.[6])

---

[1]) Über den Begriff „Organ" cf. Gierke S. 614 ff.

[2]) cf. Gierke S. 880 ff.; Lehmann-Ring § 243 Nr. 1 S. 484; Tscharmann S. 11.

[3]) A. M. Hagen S. 364: „Das Aufsichtsratsmitglied ist . . . Organ der Gesellschaft, teils innerhalb der Behörde des Aufsichtsrats, teils selbständig."

[4]) Dass nur physische Personen zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt werden können, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit, welche die Mitglieder persönlich trifft, wie unten darzutun sein wird. Juristische Personen können schon deswegen nicht in Betracht kommen, weil sie, obwohl sie zwar Träger von Rechten und Pflichten sein können, doch nicht selbsttätig handeln können. cf. dagegen Neumann in D. J.-Ztg. 1902 (Bd. 7) S. 97/98.

[5]) cf. Bernau a. a. O. S. 226; Küntzel S. 20; Tscharmann S. 11.

[6]) cf. Lehmann-Ring § 243 Nr. 8; Goldschmidts Zeitschr. Bd. 37 S. 555, Bd. 58 S. 310; Seufferts Archiv Bd. 44 Nr. 277 S. 451; R.-G. Bd. 28 S. 72; R.-O.-H.-G. Bd. 19 S. 179 f., Bd. 22 S. 239; Pinner § 243 VII.

Über die rechtlichen Beziehungen der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder zu der Gesellschaft herrschte vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches Streit; bald nahm man Auftrag, bald Dienstvertrag an.[1]) Auf eine Erörterung der verschiedenen Ansichten soll hier nicht eingegangen werden. Hervorgehoben mag aber werden, dass man sich darüber einig war, dass ein Vertragsverhältnis zwischen beiden bestand.[2])

Dieser Streit ist durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches beendigt worden.

Auch heute bildet ein Vertrag die Grundlage. Dieser, Anstellungsvertrag genannt, kommt zustande durch die Wahl des einzelnen zum Mitgliede des Aufsichtsrats seitens der Gesellschaft[3]) und Annahme seitens des Gewählten. Durch diese Annahme[4]) übernimmt die gewählte Person zugleich die Verpflichtung, einmal, die ihr gesetzlich auferlegten, sodann die durch den Gesellschaftsvertrag, durch Anstellungsvertrag und Beschlüsse der Generalversammlung übertragenen Obliegenheiten zu erfüllen.[5])

Mit der vollzogenen Wahl und Annahme bilden die Gewählten in ihrer Gesamtheit Organ der Gesellschaft, „den Auf-

[1]) Näheres cf. Zitelmann i. Goldschm. Z. Bd. 52 S. 39 ff. § 3; Tscharmann S. 11—13; die herrschende A. nahm „Mandatsverhältnis" an (R.-G. 28 S. 72; Holdheim 1892 S. 165; Keyssner S. 177 ff. u. a.).

[2]) cf. R.-G. in Strafsachen Bd. 7 S. 280.

[3]) Welche Gesellschaftsbehörde namens der Gesellschaft diesen Vertrag abschliesst, ist nicht unzweifelhaft. Man muss wohl annehmen, dass die Generalversammlung unmittelbar (nicht unter Vermittelung des Vorstandes) das Vertragsangebot macht. Das gewählte Mitglied kann dagegen seine Annahme der Generalversammlung wie dem Vorstande gegenüber erklären. Besonders zu erwähnen ist, dass die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats diese Annahme nur der Generalversammlung erklären können. cf. Makower S. 528 f.; Ritter S. 301 Anm. 5.

[4]) Eine Pflicht zur Annahme besteht im allgemeinen nicht. Ob sie für die Aktionäre besteht, ist streitig. Behrend § 127 S. 862, Küntzel S. 20. Lehmann-Ring § 212 Nr. 10, § 231 Nr. 2, Staub § 243 Anm. 2 S. 826 u. a. meinen, kein Aktionär sei verpflichtet, die auf ihn gefallene Wahl anzunehmen. Goldmann § 243 Anm. 21 S. 1011 dagegen ist der Ansicht, dass diese Pflicht zur Annahme für die Aktionäre sehr wohl durch den Gesellschaftsvertrag eingeführt werden könne.

Wir bekennen uns zu der herrschenden Meinung, dass kein Aktionär zur Annahme einer Wahl durch das Statut gezwungen werden kann. Ein solcher Vertrag würde gegen die guten Sitten verstossen. cf. Staub S. 826 Anm. 2, R.-G. Bd. 57 S. 205 ff.

[5]) cf. Lehmann a. a. O. Bd. 2 S. 245.

sichtsrat“ und erlangen gegen die Gesellschaft das Recht auf Heranziehung zu den Geschäften des Aufsichtsrats.[1])

Für die rechtliche Beurteilung[2]) dieses Vertrages kommen mangels besonderer Vorschriften des Handelsgesetzbuches die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung.[3])

Man hat zu unterscheiden, ob die Aufsichtsratsmitglieder für ihre Tätigkeit ein Entgelt[4]) erhalten oder nicht. Im ersteren Falle liegt Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung,[5]) im letzteren Auftrag[6]) vor. Der Regelfall wird schon mit Rücksicht auf § 612 B. G.-B. der erstere sein.[7])

Manche Schriftsteller[8]) nehmen für das Vertragsverhältnis der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats stets Auftrag an. So sagt Makower: „Die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats sind stets nur Beauftragte, da es in der Willkür der Gesellschaft steht, ob sie ihnen nachträglich eine Vergütung bewilligen will“. Allerdings sagt § 245 III H.-G.-B.: „Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats ‚kann‘ eine Vergütung für ihre Tätigkeit nur durch einen Beschluss der Generalversammlung bewilligt werden . . .“. somit ist die Folgerung Makowers, es stehe „in der Willkür der Gesellschaft . . .“, an sich richtig.

Meines Erachtens wird man aber gemäss § 612 B. G.-B. regelmässig, d. h. wenn nichts besonderes vereinbart ist, oder, wie Küntzel[9]) mit Recht hervorhebt, wenn nicht die Unentgelt-

---

[1]) cf. Pinner S. 171 IV; R.-O.-H.-G.-R. Bd. 19 S. 179 f.

[2]) cf. über diese Frage Goldmann § 243 Ziff. 17 S. 1011; Küntzel S. 19 ff.; Makower S. 528 e; Staub § 243 Anm. 2; Tscharmann S. 12; Goldschmidts Z. Bd. 58 S. 310 (Beschl. d. K.-G. vom 21. November 1904).

[3]) cf. Art. 2 E.-G. H.-G.-B.

[4]) Entgelt kann in einem Anteil am Jahresgewinn oder in festem Gehalt oder in beidem bestehen.

[5]) cf. B. G.-B. §§ 611 ff.—630, 675 und die im § 675 erwähnten Bestimmungen über Auftrag, mit Ausnahme des § 673, welcher deshalb nicht zur Anwendung kommen kann, weil die Geschäftsbesorgungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder eine höchst persönliche ist (cf. § 246 H.-G.-B.; Küntzel S. 21 Anm. 40).

[6]) cf. B. G.-B. §§ 662—676 mit Ausnahme des § 675. cf. Hagen S. 364 ff.

[7]) cf. Bernau S. 220 ff.; Küntzel S. 20 ff.; Makower zu § 243 S. 528 e; Mankiewicz S. 12. A. A. Behrend S. 683 Nr. 29; Esser S. 117_6; Keyssner i. Goldschm. Z. 48 S. 511; Lehmann S. 426_5.

[8]) cf. Keyssner S. 511; Makower zu § 243 S. 528 e; Pinner zu § 243 S. 164.

[9]) S. 20/21; cf. Goldmann § 245 Anm. 1.

lichkeit aus besonderen Umständen unzweifelhaft hervorgeht, annehmen müssen, dass die Tätigkeit des ersten Aufsichtsrats nur gegen ein Entgelt zu erwarten ist, mithin also Dienstvertrag vorliegt.[1])

Wenn einige Schriftsteller[2]) der Ansicht sind, das Aufsichtsratsamt sei ein Ehrenamt, so ist KÜNTZEL[3]) beizustimmen, wenn er sagt, „dass regelmässig niemand ein so schweres und verantwortungsvolles Amt unentgeltlich und bloss der Ehre halber übernehmen wird".

Eine eigentümliche Rechtsstellung des ersten Aufsichtsrats konstruiert GOLDMANN.[4]) Erst durch den späteren Beschluss der Generalversammlung entscheide es sich, wie das Verhältnis des ersten Aufsichtsrats zu der Gesellschaft rechtlich zu beurteilen sei, ob als Auftrag oder als Dienstvertrag.

Eine solche rechtliche Gestaltung ist wohl nicht angängig und entspricht auch nicht der Absicht des Gesetzes. Wenn auch zwischen dem ersten und dem späteren Aufsichtsrate Unterschiede gemacht sind, so ist doch die rechtliche Stellung beider zur Aktiengesellschaft schon aus praktischen Gründen dieselbe. Die Annahme eines Schwebezustandes bis zur Entscheidung der Generalversammlung ist sicherlich nicht beabsichtigt. Denn es wäre eine eigentümliche Stellung des Aufsichtsratsmitgliedes zur Gesellschaft, wenn das durch die Wahlannahme entstandene Vertragsverhältnis später durch einen Beschluss der Generalversammlung beliebig in Auftrag oder Dienstvertrag gestaltet werden könnte.

Regelmässig liegt daher Dienstvertrag vor, selbst wenn dem ersten Aufsichtsrat nachträglich kein Entgelt zugebilligt wird.

Im übrigen wird die Generalversammlung grundsätzlich dem Aufsichtsrat eine Vergütung zuerkennen, wenn er seine Pflicht getan hat. Ist dies aber nicht der Fall, so wird sie von ihrem Recht („kann") der Bewilligung einer Vergütung absehen.

[1]) cf. GOLDMANN § 245 Anm. 1 u. 2; LEHMANN-RING S. 486 Nr. 8; ZITELMANN in GOLDSCHMIDTS Zeitschr. Bd. 52 S. 49/50 f. STAUB § 245 Anm. 3 dagegen meint: „Vermutung spreche für Unentgeltlichkeit, wenn dies nicht aus der Gesamtheit der Umstände entkräftet werde".

[2]) u. a. KEYSSNER in GOLDSCHM. Z. Bd. 48 S. 511; LEHMANN S. 426 Anm. 5.

[3]) S. 22.

[4]) § 245 Ziff. 17.

Auftrag dagegen ist nur dann als vorliegend zu erachten, wenn der Ausschluss der Vergütung ausdrücklich vereinbart oder aus den Umständen deutlich zu ersehen ist.

Endlich soll in diesem Abschnitt noch kurz die mit den vorhergehenden Erörterungen eng zusammenhängende Frage gestreift werden, ob ein Aufsichtsratsmitglied sein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft vorzeitig lösen und sein Amt niederlegen kann.[1])

Diese Frage beantwortet sich aus der oben erörterten Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses verschieden.

Liegt Dienstvertrag vor, so kann das Aufsichtsratsmitglied ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Amt regelmässig nur aus wichtigen Gründen niederlegen.[2])[3])

Liegt aber ein Auftragsverhältnis vor, so kann das Aufsichtsratsmitglied jederzeit sein Amt kündigen[4]) — selbst wenn es auf das Kündigungsrecht verzichtet hatte — aber nicht zur Unzeit. Kündigt es trotzdem ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so macht es sich der Aktiengesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig.[5])

---

[1]) cf. Bernau a. a. O. S. 243; Johow Bd. 29 A S. 98 ff.; Pinner VII S. 164 f.; Staub § 243 Anm. 9; Zitelmann in Goldschm. Z. 52, S. 31 ff.; Beschluss des K.-G. vom 21. November 1904 in Goldschm. Z. 58, S. 310.

[2]) cf. § 626 B. G.-B.

[3]) Darüber, ob ein Grund als ein wichtiger anzusehen ist, entscheidet der Richter. Nicht soll aber nach R.-G. Bd. 13 S. 51 in der ungünstigen Lage der Aktiengesellschaft ein solcher Grund zur Kündigung gegeben sein. Beispiele für wichtige Gründe s. bei Zitelmann a. a. O. S. 58; Bernau S. 248.

[4]) cf. § 671 B. G.-B.

[5]) cf. §§ 627, 671 B. G.-B.

B. Hauptteil.

I. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats.

a) Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats im allgemeinen.

Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats sind durch die Gesetzgebung im Laufe der Zeit stetig vermehrt worden. Bereits das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch regelte[1]) die Kontrollpflicht des Aufsichtsrats. Da aber nach diesem Gesetz ein Zwang zur Bestellung eines Aufsichtsrats nicht bestand, auch die meisten Aktiengesellschaften ohne solchen waren, so war diese Bestimmung nicht von allzu grosser Bedeutung und durchgreifender Wirkung.

Erst als durch die Novelle vom 11. Juni 1870, wie schon oben bemerkt, die Bestellung eines Aufsichtsrats für die Aktiengesellschaften obligatorisch, somit der Aufsichtsrat zu einem notwendigen Organ der Aktiengesellschaft wurde, gelangte auch die im Gesetz vorgeschriebene Bestimmung zur vollen Bedeutung. In dieser Beaufsichtigung bestand somit seine einzige Tätigkeit.[2])

Durch die Novelle vom 18. Juli 1884 wurde sodann dem Aufsichtsrat auch noch die Geschäftsführung in gewissem Umfange übertragen.[3])

Diese Bestimmungen sind dann unter Erweiterungen auch in das neue Handelsgesetzbuch von 1897 übergegangen.

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats besteht auch heute,[4]) wie schon sein Name besagt, in der Überwachung und Beauf-

[1]) cf. Art. 225, 226, 231.

[2]) cf. R.-G. Bd. 3 S. 129 u. Allgem. Begr. 1884 S. 210/211. Die Organisation der Aktiengesellschaft sei derart gestaltet: die Generalversammlung sei das Willensorgan, der Vorstand das Ausführungsorgan und der Aufsichtsrat das Kontrollorgan.

[3]) cf. Ring S. 486 f. Note 8.

[4]) Wie schon nach dem Gesetze von 1884, cf. Allgem. Begr. S. 218. cf. Bauer S. 85 ff.; Küntzel S. 27; Lehmann-Ring § 246 Nr. 2 S. 490; Mankiewicz S. 14; Pinner S. 169 I; Ritter S. 305.

sichtigung der gesamten Geschäftsführung. Der vom Gesetz[1]) gewählte Ausdruck geht weiter als das bisherige Recht,[2]) welches ihm nur die Überwachung des Vorstandes auferlegte. Er umfasst heute die Kontrolle der Geschäftsführung des Vorstandes und der Generalversammlung, wie auch aller sonstigen durch den Gesellschaftsvertrag bestellten Organe.[3]) Mit dieser Kontrollbefugnis ist aber die Tätigkeit des Aufsichtsrats nicht erschöpft. Das Gesetz überträgt ihm eine Reihe weiterer Befugnisse, die sich auf die Geschäftsführung und Vertretung beziehen. Es kann somit die in der schon oben erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts ausgesprochene Ansicht, wonach der Aufsichtsrat ausschliesslich Kontrollorgan ist, heute nicht mehr aufrechterhalten werden, wenngleich diese Tätigkeit noch heute seine wichtigste Funktion darstellt.

Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats ergeben sich somit aus seiner Stellung einmal als Kontrollorgan, sodann als Verwaltungs- und ausnahmsweise Stellvertretungsorgan.

Dass das Gesetz die Befugnisse des Aufsichtsrats derart erweitert hat, beruht auf der Erwägung, dass der Aufsichtsrat, um auch wirksam seiner Aufsichtspflicht genügen zu können, selbst an der Verwaltung beteiligt sein und dadurch in die Lage gesetzt sein müsse, von den wesentlichen Vorgängen derselben beständig Kenntnis zu erlangen.[4])

Aus diesem Gesichtspunkt heraus überträgt das Gesetz dem Aufsichtsrat gewisse Funktionen beispielsweise schon im Gründungsstadium der Gesellschaft, ferner im Fall einer Nachgründung, bei Berufung einer Generalversammlung, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, bei Auflösung der Aktiengesellschaft usw. Schliesslich macht es ihn auch noch ausnahmsweise zum Vertretungsorgan der Gesellschaft.

Alle diese durch das Gesetz aufgestellten Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats können weder durch Generalversammlungsbeschluss noch durch das Statut eingeengt oder gar beseitigt werden; wohl aber ist es möglich, dass sie noch erweitert werden.[5]) Denn das Gesetz wollte nicht die Obliegen-

[1]) cf. § 246 I H.-G.-B.
[2]) cf. Art. 225.
[3]) cf. Hagen a. a. O. S. 336; Ring S. 489 Nr. 1.
[4]) cf. Allgem. Begr. 1884 S. 219.
[5]) cf. § 246 III H.-G.-B.

heiten des Aufsichtsrats vollständig abgrenzen, sondern wollte nur die Grundlage, gewissermassen die Mindestorganisation angeben, welche notwendig vorhanden sein muss.[1])

Die Ausübung aller dieser dem Aufsichtsrat auferlegten Funktionen steht nur dem Aufsichtsrat als solchem zu, nicht ohne weiteres seinen einzelnen Mitgliedern.[2]) Diese sind als Einzelne nur dann hierzu befugt, wenn ihnen dieselbe besonders übertragen ist, sei es durch Gesetz oder Statut.[3]) So kann gemäss § 246 I S. 2 H.-G.-B. der Aufsichtsrat durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder eine Reihe daselbst näher bezeichneter, ihm zugewiesener Befugnisse ausüben. Hiernach ist also eine Verteilung der Geschäfte unter die Mitglieder des Aufsichtsrats zulässig und entspricht das auch den realen Verhältnissen, da es insbesondere bei grossen Unternehmungen nicht möglich sein wird, dass jedes einzelne Mitglied seinerseits jede einzelne Angelegenheit prüft. Dies würde auch unter Umständen, wie Küntzel bemerkt,[4]) zu erheblichen Störungen des Geschäftsbetriebes führen. Ob nun aber diese Teilung der Befugnisse auch derart erfolgen darf, dass einem Teile der Mitglieder des Aufsichtsrats die überwachende, dem andern die geschäftsführende Tätigkeit übertragen wird, ist streitig.[5])

Wir sind der Ansicht, dass eine solche Teilung grundsätzlich nicht erfolgen darf. Sie entspricht nicht der Stellung des Aufsichtsrats, welcher als ein einheitliches Organ gedacht ist. Denn durch eine solche Trennung der Befugnisse würde auch der Aufsichtsrat selbst gespalten. Im übrigen würden hierdurch

[1]) cf. Bauer S. 86; Loeb S. 7; Ritter S. 307 Ziff. 7; Staub S. 837 Anm. 1 u. 2.

[2]) cf. O.-L.-G. Bd. 12 S. 432. Der Grund für eine solche Bestimmung liegt nach dem Bericht der Reichstagskommission (1884) zu Art. 225 darin, dass der Gefahr vorgebeugt werde, dass die Einsichtnahme usw. von den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Privatzwecke ausgebeutet werde. cfr. Wittkowsky in Jur. Wochenschrift 1901 S. 769, welcher nachweist, dass die theoretische Unterscheidung zwischen Einsichtnahme in die Verhältnisse der Gesellschaft seitens des Aufsichtsrats in corpore und derjenigen seitens einzelner Mitglieder praktisch unhaltbar ist.

[3]) cf. O.-L.-G. Bd. 4 S. 469.

[4]) S. 29 Anm. 64.

[5]) Für diese A.: Lehmann-Ring § 246 Nr. 1 S. 490; Staub S. 839 Anm. 12 u. a. Dagegen u. a. Küntzel S. 29; Mankiewicz S. 11, welcher hervorhebt, dass infolge einer solchen Teilung der Aufsichtsrat leicht aufhören dürfte, der Gesellschaft gegenüber ein einheitliches Organ zu sein.

auch einem Teile des Aufsichtsrats mannigfache Befugnisse zustehen, für die nur der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit zuständig ist. Eine Teilung der Obliegenheiten ist unseres Erachtens nur mit Rücksicht auf die gegebenen Verhältnisse zulässig.[1])

Wenn nun auch den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern besondere Befugnisse übertragen werden können, verantwortlich bleibt trotzdem der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit.

Ihrerseits können die einzelnen beauftragten Aufsichtsratsmitglieder die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht andern übertragen,[2]) weder Dritten noch auch andern Mitgliedern des Aufsichtsrats.[3])

„Eine solche Übertragung wäre", wie schon die Allgemeine Begründung zum Entwurf des Gesetzes von 1884 ausführt,[4]) „weder mit der Vertrauensstellung, welche die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft gegenüber einnehmen, noch mit dem Willen der Generalversammlung zu vereinbaren, welche auf die Person des Gewählten entscheidendes Gewicht legt. Überdies würde die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats zu einem Scheine herabsinken, wenn ihnen eine solche Delegationsbefugnis zustehen sollte, da sie dann nur für culpa in eligendo haften würden.[5])

Dieses Delegationsverbot will aber nicht untersagen, dass sich die Aufsichtsratsmitglieder auf Kosten der Gesellschaft in gewissen Fällen der Hilfe Sachverständiger bedienen, z. B. bei Prüfung der Bilanz eines Bücherrevisors usw.[6])

Dieses Verbot des § 246 IV H.-G.-B. trifft ferner nur die Mitglieder des Aufsichtsrats, nicht den Aufsichtsrat als solchen. Dieser ist sehr wohl berechtigt, gewisse Funktionen andern,

[1]) cf. unten (Schlussbemerkungen).

[2]) Diese Bestimmung hat auch für den Aufsichtsrat als Kollegium Geltung. Auch dieser kann — das Gesetz sagt zwar ausdrücklich nichts darüber — grundsätzlich seine Obliegenheiten nicht weiter übertragen, mit Ausnahme der erwähnten Fälle. cf. Makower S. 538.

[3]) cf. § 246 IV H.-G.-B.; Art. 225 IV Gesetz von 1884 (Entw. S. 150). cf. Küntzel S. 28; Makower S. 538 IV; Ritter S. 307 Anm. 8.

[4]) S. 227.

[5]) cf. Lehmann-Ring § 246 Nr. 6; Pinner § 246 III S. 171; Staub S. 838 f. Anm. 11, 12; O.-L.-G. Hamburg in Goldschm. Z. Bd. 40 S. 476.

[6]) cf. Lehmann-Ring Nr. 6; O.-L.-G. Hamburg a. a. O; Ritter S. 307 Ziff. 8.

sowohl fremden Personen als auch Aufsichtsratsmitgliedern zu übertragen. Erstere können natürlich nur zu solchen Obliegenheiten bestellt werden, die nicht zu den von den Aufsichtsratsmitgliedern persönlich vorzunehmenden gehören. So erwähnt Bauer,[1]) dass es bei grossen Unternehmen üblich sei, einen ständigen beamteten Revisor anzustellen.

Dass aber der Aufsichtsrat auch seinen Mitgliedern einzelne Befugnisse zuteilen kann, darüber ist schon oben gesprochen. Es mag nur noch die Bestimmung des § 248 II H.-G.-B. Erwähnung finden. Hiernach „kann“[2]) der Aufsichtsrat für einen im voraus begrenzten Zeitraum einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstands bestellen (Satz 1). Das Gesetz hat mit dieser Vorschrift eine Ausnahme von dem im Abs. I aufgestellten Grundsatz gemacht, nach welchem die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter oder Beamte der Gesellschaft sein können. Diese Ausnahmebestimmung hat die Reichstagskommission der Novelle von 1884 im Interesse kleinerer Aktiengesellschaften eingefügt, welchen es bei Verhinderung einzelner Vorstandsmitglieder an dem geeigneten Personal für eine Vertretung mangeln dürfte.

Eine solche ausnahmsweise Bestellung setzt voraus: einmal, einen im voraus begrenzten Zeitraum, d. h. einen kalendermässig, und zwar durch den Aufsichtsrat bei der Bestellung festgesetzten,[3]) sodann, einen Behinderungsfall hinsichtlich eines Vorstandsmitgliedes.[4]) Streitig ist, was man unter einem „Behinderungsfall“ zu verstehen hat. Vorweg ist zu betonen, dass natürlich eine allgemeine Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes für eine künftige, zufällig eintretende Behinderung eines Vorstandsmitgliedes nicht zulässig ist. Es muss sich stets um einen

[1]) a. a. O. S. 111.

[2]) Also dispositive Vorschrift. Der Gesellschaftsvertrag kann abweichende Bestimmungen treffen und dem Aufsichtsrat diese Befugnis versagen.

[3]) Der Aufsichtsrat hat auch das Recht, diesen Zeitraum zu verlängern (cf. Staub § 248 Anm. 3), aber nicht über die Amtsperiode des Behinderten hinaus (cf. Lehmann-Ring S. 493 Nr. 3c).

[4]) cf. Goldmann § 248 Anm. 6; Lehmann-Ring S. 493 Nr. 3; Makower S. 542 f. IIb 3; Pinner S. 174 III; Puchelt-Förtsch Art. 225a Anm. 3; Ritter S. 308 Ziff. 8; Staub § 248 Anm. 3.

bestimmten Behinderungsfall, der entweder bereits vorliegt — wie es das Kammergericht[1]) verlangt, welche Ansicht aber wohl zu weit geht — oder sicher bevorsteht, handeln.[2])

Was der vom Gesetz gewählte Ausdruck „behindert" besagen will, ist streitig, insbesondere ob als behindert auch ausgeschiedene und verstorbene Mitglieder anzusehen sind. U. a. weisen Küntzel und Bauer[3]) darauf hin, dass zwar ausgeschiedene und verstorbene Mitglieder „behindert" seien; aber in diesen Fällen könne man nicht mehr von Mitgliedern sprechen, da sie eben keine Mitglieder mehr seien.

Dass aber das Gesetz auch diese Fälle verstanden wissen will und nur, um sich kurz auszudrücken, das Wort „behindert" gebraucht hat, ergeben schon die Kommissionsberichte. So hat die Reichstagskommission in ihrem Bericht[4]) zur Aktiennovelle von 1884 ausdrücklich den „behinderten" die „ausgeschiedenen" Mitglieder gleichgesetzt. Und die Kommissionsberichte zum Handelsgesetzbuch von 1897 erwähnen als Beispiel der „Behinderung" den Tod eines Vorstandsmitgliedes.[5])

Schliesslich ist dieser weiteren Auslegung schon mit Rücksicht auf das Bedürfnis, insbesondere, wie oben bemerkt, kleinerer Aktiengesellschaften, welche sonst häufig beim Ableben oder Ausscheiden des Vorstands bis zur Neuwahl ohne Vorstand wären, zuzustimmen.[6])

Die Folge einer solchen Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes ist, dass es von der Bestellung an als Vorstandsmitglied gilt und nach aussen auch als solches legitimiert ist. Daneben bleibt es formell auch Mitglied des Aufsichtsrates. Tatsächlich jedoch scheidet es mit allen seinen Rechten und Pflichten aus. Und so kann es während dieser Zeit und bis

[1]) Johow Bd. 15 S. 30.
[2]) Holdheim Bd. 4 S. 358.
[3]) Küntzel S. 30 Anm. 66; Bauer S. 134 u. a.
[4]) S. 22.
[5]) cf. v. Hahn, Materialien S. 600.
[6]) Dieser Ansicht sind u. a.: Behrend § 127 S. 860 Anm. 20; Esser S. 161 Anm. 1; Goldmann § 248 Ziff. 8; v. Hahn, Mat. S. 600; Holdheim 93 S. 158; Küntzel S. 30 Anm. 66; Lehmann-Ring S. 493 Nr. 3; K.-G. i. O.-L.-G. Bd. 1 S. 186 f.; Staub § 248 Anm. 3; Ritter S. 308 Ziff. 3; Allgem. Begr. 1884 S. 22; dagegen u. a.: Holdheim 96 S. 371; Makower S. 543 Anm. IIb; Pinner zu § 248 III 2a S. 174; Puchelt-Förtsch S. 580 Anm. 3.

zur erteilten Entlastung nicht seine Obliegenheiten als Aufsichtsratsmitglied verrichten. Dies folgt aus Abs. III des § 248 H.-G.-B. Handelt es dem entgegen und wirkt bei Beschlüssen usw. mit, so sind diese der Aktiengesellschaft gegenüber sämtlich nichtig. Seine Vergütung als Aufsichtsratsmitglied bezieht es aber weiter, da es ja noch formell Mitglied des Aufsichtsrats ist.[1])

Streit herrscht weiter über die Frage, ob der Aufsichtsrat eine Bestellung einzelner Aufsichtsratsmitglieder zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern auch dann bewirken kann, wenn durch eine solche der Aufsichtsrat beschlussunfähig wird.

Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir vorerst die vom Gesetz aufgestellten Bestimmungen über die zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats erforderliche Zahl von Mitgliedern erwähnen. Die hierfür vorgeschriebene Mindestzahl der Aufsichtsratsmitglieder beträgt nach § 243 I H.-G.-B. in Übereinstimmung mit Artikel 209 Ziff. 6 der Novelle von 1870 und den Artikeln 224, 191 der Novelle von 1884 drei. Die geringe Zahl von nur drei Mitgliedern hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf kleine Betriebe gewählt, weil, wie die Allgemeine Begründung zum Entwurfe des Gesetzes von 1884[2]) besagt, befürchtet wurde, dass sich nicht bei allen Gesellschaften fünf zu dieser Stellung geeignete Personen finden würden.

Diese Mindestzahl von drei Mitgliedern kann aber durch den Gesellschaftsvertrag erhöht werden, was regelmässig bei Unternehmungen von grösserem Geschäftsumfang der Fall sein wird.

Besteht nun der Aufsichtsrat nur aus drei Mitgliedern oder aus der nach dem Gesellschaftsvertrag zur Beschlussfähigkeit gerade notwendigen Mitgliederzahl — Stellvertreter aber sind nicht vorhanden —, so ist nach der Ansicht einiger Schriftsteller,[3]) da durch eine Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes zur Vertretung eines Vorstandsmitgliedes der Aufsichtsrat beschlussunfähig würde, eine solche nicht zulässig. Dies folge aus dem Sinne des § 248 II H.-G.-B.

Dieser Meinung treten wir so allgemein nicht bei. Wie schon oben mehrfach hervorgehoben, ist der Abs. II des § 248

[1]) cf. Behrend § 127 S. 860; Bauer S. 135 f.; Lehmann-Ring S. 494 Nr. 4; Küntzel S. 31; Pinner S. 174/175.

[2]) S. 214.

[3]) cf. Bauer S. 135; Lehmann-Ring S. 494 Nr. 4; Pinner S. 174.

H.-G.-B. gerade im Interesse kleiner Aktiengesellschaften eingefügt, um diesen im Notfalle, d. h. wenn nur ein Vorstandsmitglied und die zur Beschlussfassung notwendige Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern vorhanden sind, die Möglichkeit zu geben, durch Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes zum Vorstand, welches in die Geschäftsverhältnisse eingeweiht ist, eine im Interesse der Gesellschaft geordnete Weiterführung der Geschäfte zu sichern. Der Aufsichtsrat wird allerdings durch eine solche Massnahme beschlussunfähig.[1]) Aber unseres Erachtens ist dies das kleinere Übel. Denn dass ein Aufsichtsratsmitglied fehlt, hat nicht die Bedeutung, als wenn die Aktiengesellschaft eine Zeitlang ohne Vorstand ist. Im übrigen muss ja die Beschlussfähigkeit innerhalb 3 Monate wieder hergestellt sein.[2])

Wir beschränken, wie gesagt, unsere Ansicht auf den Fall, dass die Aktiengesellschaft nur einen Vorstand und gerade die zur Beschlussfassung erforderliche Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern hat.

Sind aber zwei oder mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden, so halten auch wir eine Delegation eines Aufsichtsratsmitgliedes nicht für zulässig; denn hier können die noch angestellten Vorstandsmitglieder die Geschäfte des „Verhinderten" mit wahrnehmen, ohne dass der Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft wesentlich darunter leidet. Somit wäre es in einem solchen Falle auch völlig überflüssig, den Vorstand gewissermassen auf Kosten der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats wieder zu ergänzen.

Im vorstehenden haben wir versucht, eine Darstellung der Obliegenheiten des Aufsichtsrats im allgemeinen zu geben, und kommen wir nun zu dem besonderen Teil unserer Erörterungen. Bevor wir aber hierzu übergehen, wollen wir noch kurz im allgemeinen die Frage, wie und in welcher Weise der Aufsichtsrat alle diese ihm auferlegten Funktionen ausübt, m. a. W. die Frage nach der inneren Organisation des Aufsichtsrats erörtern. — Gleich vorweg wollen wir bemerken, dass das Gesetz

[1]) Makower S. 529 III meint, wohl mit Unrecht, dass er in diesem Falle beschlussfähig bleibt.

[2]) cf. Bauer S. 135; Goldmann § 248 Ziff. 8, 9; Kammergericht in Rechtsprechung Bd. 1 S. 186 ff.; Kom.-Bericht S. 80.

keine Bestimmungen hierüber getroffen hat, dass es vielmehr diese Regelung dem Gesellschaftsvertrage bezw. der Generalversammlung und dem Aufsichtsrat selbst überlässt.[1]) Mit Recht! Dabei von der richtigen Erwägung ausgehend, dass es gar nicht imstande ist, Normen zu geben, welche allen Verhältnissen gerecht werden, da gerade hier die Grösse der Gesellschaft, die Art und Umfang des Betriebes und viele weitere Umstände für die Regelung der inneren Organisation mitsprechen. Und gerade diese jeweils gegebenen Verhältnisse zu berücksichtigen und danach die erforderlichen Massnahmen zu treffen, vermag eben nur die Gesellschaft selbst. Und so finden sich, wie schon erwähnt, meistens eingehende Bestimmungen hierüber im Statut oder es bleibt der Generalversammlung bezw. dem Aufsichtsrat ganz oder teilweise überlassen. Regelmässig werden die Aufsichtsratsmitglieder schon aus praktischen Gesichtspunkten aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden wählen, welchem dann mangels besonderer Statutbestimmungen nach Massgabe einer aufgestellten Geschäftsordnung die innere Geschäftsführung, die Leitung der Sitzungen, Beratungen und Abstimmungen, die Prüfung der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats, die Einberufung der Generalversammlung u. a. m. obliegen werden. Der Vorsitzende steht aber nicht über den andern Mitgliedern des Aufsichtsrats, nicht ist er gesetzlicher Vertreter des Aufsichtsrats, auch nicht legitimiert, im Namen desselben bindende Erklärungen abzugeben. Vielmehr ist er gewissermassen nur der primus inter pares. — Die einzelnen Mitglieder stehen einander in jeder Beziehung völlig gleich. Zu beachten ist, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich nur in seiner Gesamtheit tätig wird, die einzelnen Mitglieder nur ausnahmsweise. So ist, wie schon oben ausgeführt, der Aufsichtsrat befugt, einzelnen seiner Mitglieder besondere Funktionen zu übertragen, besondere Kommissionen und Ausschüsse zu bilden. Schliesslich sei noch erwähnt, dass regelmässig das Statut auch darüber Bestimmungen enthalten wird, in welcher Weise die Berufung der Aufsichtsratsmitglieder zu den Sitzungen zu erfolgen hat, innerhalb welcher Zeiträume diese anzuberaumen, wie die Tagesordnung festzusetzen, wie abzustimmen und inwieweit der Gang der Verhandlungen zu protokollieren sein wird.

[1]) cf. Makower S. 529 III.

b) Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats im besonderen.

1. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats bei der Gründung der Aktiengesellschaft.

Dass dem Aufsichtsrat bereits vor dem rechtsgültigen Entstehen der Aktiengesellschaft vom Gesetz bestimmte Befugnisse übertragen sind, hat seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber es bei dem wirtschaftlichen Aufschwung Deutschlands, insonderheit des Aktienwesens seit den 70er Jahren, als eine Hauptpflicht betrachtete, die Allgemeinheit vor unsoliden Gründungen zu schützen. Aus dieser Erwägung heraus verlangte er bereits in der Novelle von 1884, deren Bestimmungen im wesentlichen in das Handelsgesetzbuch von 1897 übernommen sind, dass der Hergang jeder Gründung einer Aktiengesellschaft nicht nur nach der rechtlichen Seite, sondern auch nach der wirtschaftlichen hin durch sachkundige Personen geprüft und das Ergebnis dieser Prüfung den Beteiligten zugänglich gemacht wird. Am ehesten geeignet für eine solche Aufgabe hielt der Gesetzgeber neben dem Vorstand den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Und so hat er im Handelsgesetzbuch von 1897[1]) im § 192 I die Vorschrift gegeben, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats (neben denen des Vorstands) den Hergang der Gründung zu prüfen haben.

Es ist die persönliche Pflicht jedes einzelnen Mitgliedes,[2]) die Gründungsvorgänge, d. h. die Gesamtheit der wesentlichen Begebenheiten des Gründungsstadiums zu prüfen. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ist demnach verantwortlich und macht sich gegebenenfalls — wie unten des Näheren auszuführen sein wird — strafbar (§§ 312, 313 H.-G.-B.).

Jedes Mitglied hat aber das Recht, wenn es mit dem Gründungshergang in irgend einer Weise nicht einverstanden ist, die Unterschrift des Prüfungsberichts nur mit Vorbehalt seiner besonderen, abweichenden Meinung abzugeben. Schliesslich kann es aber auch seine Unterschrift verweigern. In diesem Falle darf die Aktiengesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen werden, bis die Unterschrift sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder beigebracht ist. Es muss also event. an Stelle eines solchen Mitgliedes ein anderes gewählt werden.

[1]) cf. Novelle von 1884 Art. 209 h.
[2]) Nicht des Aufsichtsrats als Organ.

Der Zeitpunkt der Prüfung ist verschieden, je nachdem, ob eine Simultangründung oder eine Sukzessivgründung vorliegt. Bei ersterer muss dieselbe nach der Errichtung[1]) der Aktiengesellschaft, aber noch vor der Eintragung ins Handelsregister erfolgen, bei letzterer muss sie bereits vor der Errichtung[2]) der Aktiengesellschaft vorgenommen werden. Denn in der (in der Anm. 2 erwähnten) Generalversammlung müssen Vorstand und Aufsichtsrat gemäss § 196 III H.-G.-B. über die Ergebnisse der Prüfung Bericht erstatten.

Diese Prüfung durch den Vorstand und Aufsichtsrat genügt aber nicht, wenn eine sog. qualifizierte Gründung vorliegt, d. h. wenn ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zu den Gründern gehört, oder wenn sich ein Mitglied einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen hat (§ 192 II H.-G.-B.), oder wenn auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht werden, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, oder schliesslich, wenn vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden (§ 186 II H.-G.-B.). In diesem Falle muss eine weitere Prüfung durch besondere Revisoren,[3]) welche gemäss § 192 III H.-G.-B. durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in Ermangelung eines solchen durch das Gericht bestellt werden, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.[4])

In welcher Weise diese Prüfungen vorgenommen werden sollen und worauf sie sich zu erstrecken haben, dafür gibt das Handelsgesetzbuch im § 193 i. V. m. den §§ 186, 191 nur

[1]) „Errichtet" gilt hier die Aktiengesellschaft mit der Festsetzung des Gesellschaftsvertrages (§ 182 H.-G.-B.) und Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer (§ 188 H.-G.-B.).

[2]) „Errichtet" gilt hier die Aktiengesellschaft, wenn die vom Gericht berufene Generalversammlung (§ 196 I) die Errichtung beschliesst.

[3]) Also mindestens zwei. — In welchem Zeitpunkte diese Revisoren zu bestellen sind, darüber enthält das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen. Dass sie aber erst nach Beendigung der Gründung zu bestellen sind, ist wohl anzunehmen, da sie erst dann imstande sind, den Gründungshergang vollständig zu prüfen (cf. D. J.-Z. 1905 S. 642 f.). Sind mehrere Revisoren bestellt, so ist es gestattet, dass sie sich in die Prüfung teilen; meistens wird dies dann notwendig sein, wenn die Prüfung besondere Sachkunde voraussetzt.

[4]) cf. § 145 des Reichsges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

einen Anhalt. § 193 I weist insbesondere darauf hin, dass sich die Prüfung auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken habe, die in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals, sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind. Und des weiteren ist der Inhalt der im § 191 vorgeschriebenen Erklärung auch in der Richtung zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten. Es sind also alle diese Angaben dahin zu prüfen, ob sie richtig und vollständig gemacht sind, und weiter bezüglich des letzten Punktes auch noch, ob die gewährten Beträge angemessen sind.

Was nun die Prüfung im einzelnen anlangt, so ist insbesondere bezüglich der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals zu bemerken, dass zu prüfen sein wird, ob die Gründer selbst alle Aktien übernommen haben oder ob eine Zeichnung stattgefunden hat; ferner, inwieweit das Grundkapital gedeckt, ob Einzahlungen gemacht sind und wie hoch sich dieselben belaufen, wobei zu beachten ist, dass gemäss § 195 III H.-G.-B. mindestens 25 % bar eingezahlt sein müssen; sodann, ob diese eingezahlten Beträge sich auch in den Händen des Vorstandes befinden usw.

Um alles dies feststellen zu können, wird eine Prüfung der Übernahmeverhandlungen, der Zeichnungsscheine und des Aktionärverzeichnisses erforderlich sein.

Im Zusammenhang hiermit ist endlich noch die Frage zu erörtern, ob die Prüfung sich auch auf die Zahlungsfähigkeit der Aktienzeichner zu erstrecken hat. Diese Frage wird man nur dann bejahen können, wenn Zweifel an der Zahlungsfähigkeit bezw. an der Ernstlichkeit der Zeichnungen selbst bestehen.[1]) In solchen Fällen sind die Zeichnungen zu beanstanden. Im übrigen wird man aber, abgesehen von derartigen offenkundigen Fällen, den Prüfungsorganen eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit nicht zumuten. Und so geht auch die Ansicht der Allgemeinen Begründung zum Entwurfe der Novelle von 1884[2]) zu weit, wenn sie die Forderung aufstellt, die Prüfer müssten sich, soweit es angeht, auch über die Persönlichkeit der Zeichner ein

[1]) cf. Lehmann-Ring zu § 193 Note 2.
[2]) S. 172.

Urteil bilden. — Eine solche Forderung ist aber fast gänzlich undurchführbar, zumal bei grösseren Unternehmungen, da es gar nicht möglich sein wird, sich über die Zahlungsfähigkeit eines jeden Aktienzeichners ein Urteil zu bilden.[1]) Damit ist sie aber auch wertlos, denn dadurch, dass nur die Zahlungsfähigkeit eines Teiles der Zeichner nachgewiesen wird, wird ihr eigentlicher Zweck vereitelt.

Weiter ist bezüglich der gemäss § 186 II H.-G.-B. festgesetzten Vorteile, Sacheinlagen usw. zu prüfen, ob die einzelnen Vorschriften des Paragraphen genau beobachtet sind, wobei die Prüfer ihr Augenmerk auf die Zweckmässigkeit, auf die Angaben der Gründer, auf die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Verträge, Rechtsgeschäfte, Belege usw. zu richten haben.

Was schliesslich die Vorschrift des § 193 I Satz 2 H.-G.-B. über die Angemessenheit der gewährten Beträge betrifft, so sind die wesentlichen Umstände, von denen die Angemessenheit abhängig ist, zu prüfen, und sind event. Sachverständige zuzuziehen.[2])

Über die erfolgte Prüfung haben der Aufsichtsrat und Vorstand schriftlich Bericht zu erstatten (§ 193 II H.-G.-B.) und sind die im Abs. I bezeichneten Umstände darzulegen. — Die Frage, ob Aufsichtsrat und Vorstand die Prüfung gemeinschaftlich vornehmen müssen, ist, da aus dem Gesetz hierfür nichts hervorgeht, zu verneinen. Dass dagegen die Prüfung der Revisoren aber nicht mit derjenigen des Aufsichtsrats oder Vorstands zusammenfallen darf, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, wonach „ausserdem" eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden hat.

Sind Meinungsverschiedenheiten zwischen den Revisoren und den Gründern über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise entstanden, so entscheidet hierüber endgültig dasjenige Organ des Handelsstandes, welches die Revisoren ernannt hat, bezw. das Gericht (§ 194 H.-G.-B.).

Indem das Gesetz im § 193 sagt: „Die Prüfung hat sich ‚insbesondere' . . . zu erstrecken . . .", hebt es nur die wich-

[1]) cf. Küntzel S. 35.

[2]) cf. Goldmann zu § 193 S. 838 Ziff. 5 ff.; Küntzel S. 34 ff.; Lehmann-Ring § 193 Nr. 5; Staub Anm. 3 § 193; Tscharmann S. 34 ff.

tigsten Punkte hervor und überlässt somit den Prüfungsorganen die Bestimmung darüber, in welcher Weise sie im einzelnen unter Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse die Prüfung vorzunehmen haben.

Dies brachte auch bereits die Allgemeine Begründung zum Entwurfe des Gesetzes von 1884[1]) zum Ausdruck, einen Hinweis auf die Gegenstände der Prüfung gebend, indem sie ausführte: „Richtung und Umfang, welche die Prüfung durch die Gesellschaftsorgane einzunehmen hat, sind durch die Natur der Sache gegeben; sie muss, wenn sie wirksam sein soll, die Gründung der Gesellschaft von dem ersten Keim, wie er in den Statuten vorhanden ist, bis zu der konstituierenden Generalversammlung begleiten. Vorzugsweise wird die Prüfung festzustellen haben, ob das Grundkapital ernstlich zustande gebracht und gehörig gesichert sei."

Hiermit haben wir die Haupttätigkeit des Aufsichtsrats im Gründungsstadium, nämlich die Kontrollfunktion dargestellt. Es bleibt nur noch kurz die einzige Geschäftsführungsvorschrift des § 195 H.-G.-B. zu erwähnen. Hiernach haben sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats zugleich mit denen des Vorstands und sämtlichen Gründern die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und die im Abs. II näher bezeichneten Urkunden usw. beizufügen.

So ergibt sich bereits im Gründungsstadium die Richtigkeit unserer oben ausgesprochenen Ansicht: der Aufsichtsrat ist in der Hauptsache Aufsichtsorgan der Aktiengesellschaft.

2. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats während des Bestehens der Aktiengesellschaft.

a) Seine Tätigkeit als Aufsichtsorgan.

α) Im allgemeinen.

Auch während des Bestehens der Aktiengesellschaft ist die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats die Kontrolltätigkeit.[2]) Das Handelsgesetzbuch regelt dieselbe im § 246 I dahin, dass es

[1]) S. 167.

[2]) cf. Goldmann S. 1021; Küntzel S. 40 ff.; Staub § 246 S. 834 ff.; Kom.-Bericht S. 21.

sagt: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren untersuchen. Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten.“ Das Gesetz legt dem Aufsichtsrat somit die Pflicht — „. . . ‚hat‘ zu überwachen . . .“ — auf zur Überwachung der Geschäftsführung, zur Prüfung der Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnverteilung und zur Berichterstattung an die Generalversammlung.[1]) — Im Gegensatz zu dieser Pflicht räumt § 246 I S. 2 dem Aufsichtsrat das Recht — „. . . ‚kann‘ . . .“ — ein, zur Erfüllung dieser Verpflichtungen, Berichterstattung vom Vorstande zu verlangen, Bücher und Schriften der Aktiengesellschaft einzusehen und die Bestände der Kasse, der Wertpapiere und Waren zu untersuchen.

Mit diesen Bestimmungen im § 246 hat das Gesetz im Gegensatz zu Art. 225 der Novelle von 1884 — „der Aufsichtsrat hat ‚den Vorstand‘ . . . zu überwachen . . .“ — eine allgemeine Überwachungspflicht vorgeschrieben. Dieselbe erstreckt sich insbesondere auf die Massnahmen des Vorstands und der Generalversammlung, nach herrschender Ansicht ausserdem auch noch auf alle Organe bezw. diejenigen Personen, denen die Geschäftsführung der Gesellschaft obliegt. Sie ist in erster Linie und grundsätzlich nur gegen den Vorstand gerichtet;[2]) denn gemäss § 231 H.-G.-B. liegt die ganze Geschäftsführung in den Händen des Vorstandes. Zu den sonstigen Gesellschaftsbeamten steht der Aufsichtsrat zwar in keiner unmittelbaren Beziehung,[3]) aber soweit diese Personen eine geschäftsführende

[1]) cf. Makower zu § 246 I.

[2]) cf. Staub Anm. 2; Riesser S. 68 Anm. 1. A. M.: Küntzel S. 43; Makower S. 535 a; Tscharmann S. 21.

[3]) So Ring Anm. 1 zu Art. 225.

Tätigkeit bei der Aktiengesellschaft ausüben — z. B. Kassierer —, unterliegt diese Tätigkeit der Kontrolle des Aufsichtsrats. Verpflichtet hierzu ist der Aufsichtsrat aber nur, wenn ein Anlass vorliegt oder eine derartige Überwachung unter die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" fällt.

Zugleich bestimmt § 246 den gesetzlich notwendigen Umfang der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats. Der Kreis dieser Pflichten kann demnach nicht durch den Gesellschaftsvertrag eingeengt oder ganz beseitigt, wohl aber erweitert werden. Der Gesetzgeber wollte und konnte diese Pflichten der Aufsichtstätigkeit des Aufsichtsrats nicht erschöpfend regeln, er wollte gewissermassen nur die Grundlage, das unumgänglich Notwendige geben.[1]) Dass er aber auch eine vollständige Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat nicht beabsichtigt hat, geht aus den Vorschriften der §§ 249 III und 306 VI hervor. Nach den hier festgelegten Bestimmungen haften nämlich die Mitglieder des Aufsichtsrats für gewisse, die Aktiengesellschaft schädigende Handlungen nur, wenn und soweit diese näher bezeichneten Handlungen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten vorgenommen sind.

Was im einzelnen zur Ausübung einer wirksamen Überwachung gehört, richtet sich nach Art, Umfang und Zweck des Unternehmens und ist in jedem Falle verschieden zu beurteilen.[2]) Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist massgebend. Unter einer solchen Sorgfalt ist aber die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in Anwendung auf geschäftliche Verhältnisse zu verstehen. Somit ist § 249 H.-G.-B. ergänzend heranzuziehen und bestimmt er i. V. m. § 246 H.-G.-B. den Inhalt der Überwachungstätigkeit. Das Maß der jeweiligen Obliegenheiten des Aufsichtsrats wird also unter Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse verschieden sein. Keineswegs ist aber die Überwachung einer jeden geschäftlichen Tätigkeit im einzelnen vom Aufsichtsrat zu verlangen. Um eine solche vornehmen zu können,

[1]) cf. Staub S. 837 Anm. 1, 2.

[2]) cf. Bauer S. 88/89; Staub Anm. 2. Allgem. Begr. 1884 S. 220: „Das Gesetz ist nicht in der Lage, die Funktion des Aufsichtsrats vollständig abzugrenzen. Was dazu dienlich und notwendig erscheint, damit derselbe die ihm vom Gesetz zugewiesene Aufgabe einer wirksamen Kontrolle erfülle, muss im einzelnen Falle von der Gesellschaft je nach der Art und dem Betriebe des Unternehmens bestimmt werden . . . ."

müssten die Aufsichtsratsmitglieder ihren Beruf aufgeben und ihre ganze Tätigkeit der Gesellschaft widmen.[1])

Alle diese Obliegenheiten stehen dem Aufsichtsrat als solchem, also dem Kollegium zu, nicht den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern. Es ist aber zulässig, dass „der Aufsichtsrat" Ausschüsse und Kommissionen bildet für einzelne Obliegenheiten[2]) oder dass er einzelne seiner Mitglieder besonders beauftragt, was auch in der Allgemeinen Begründung zum Entwurfe des Gesetzes von 1884[3]) und in dem Kommissionsbericht[4]) hervorgehoben wird. Auch das Handelsgesetzbuch selbst bestimmt dies im § 246 I S. 2 für den Fall der Einsicht der Geschäftsbücher und Untersuchung der Bestände. Im übrigen kann der Gesellschaftsvertrag hierüber besondere Bestimmungen enthalten. Trotz einer solchen Beauftragung einzelner Mitglieder bleiben auch die übrigen mit verantwortlich.[5])

Nicht angängig dagegen ist es, wie oben schon erörtert, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Ausübung ihrer Obliegenheiten auf andere übertragen (§ 246 IV H.-G.-B.).

Schliesslich ist noch hervorzuheben, dass das Gesetz eine besondere Vorschrift aufgestellt hat, welche bezweckt, die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder zu einer unabhängigen, objektiven und wirklichen Beaufsichtigung zu machen. Es stellt daher im § 248 den Grundsatz auf: Kein Mitglied des Aufsichtsrats darf zugleich Mitglied des Vorstands oder dauernd deren Stellvertreter sein oder als Beamter die Geschäfte der Gesellschaft führen.[6])

Denn wäre die allgemeine und dauernde Vereinigung des Vorstands mit dem Aufsichtsrat gestattet, so bestünde leicht die Gefahr, dass die Kontrolle des Aufsichtsrats zu einer blossen Scheinkontrolle sich gestalten könnte, da doch in einem solchen Falle in Wirklichkeit der Aufsichtsrat seine eigene Geschäftsführung mit zu überwachen hätte.

---

[1]) cf. Küntzel S. 40 ff.; Staub a. a. O.

[2]) cf. Hagen a. a. O. S. 336 ff.; Lehmann II S. 356; Lehmann-Ring S. 491 Nr. 5, 6; Staub § 246 Anm. 12.

[3]) S. 289.

[4]) S. 22.

[5]) cf. unten II; Makower zu § 246 II S. 534; Staub Anm. 1 S. 836. A. M.: Hagen a. a. O. S. 337.

[6]) Eine Ausnahme, die bereits oben des näheren erörtert ist, enthält allerdings Abs. II.

Die Vorschrift des § 248 H.-G.-B. ist eine zwingende. Verletzen Aufsichtsratsmitglieder dieselbe und treten in den Vorstand ein oder werden Stellvertreter eines Vorstandsmitgliedes oder Beamter der Gesellschaft, so hört ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied auf und scheiden sie damit aus dieser Stellung. Für zulässig ist es dagegen zu erachten, dass die Aufsichtsratsmitglieder einzelne Tätigkeiten für die Aktiengesellschaft, z. B. als juristische oder technische Berater übernehmen, ohne dass eine solche Tätigkeit, weil sie eben nicht „Geschäftsführung" ist, ein Ausscheiden aus dem Aufsichtsrate bewirkt.[1])

Im folgenden soll nun die Aufsichtstätigkeit des Aufsichtsrates im einzelnen und zwar zunächst gegenüber dem Vorstande, sodann gegenüber der Generalversammlung gezeigt werden.

β) Dem Vorstande gegenüber.

Nach § 246 I Satz 1 H.-G.-B. hat sich die Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft auf „alle Zweige der Verwaltung" zu erstrecken und hat sich der Aufsichtsrat „zu dem Zwecke" von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten.[2])

Mit diesen Bestimmungen wird zum Ausdruck gebracht, dass die Überwachung zwar eine möglichst umfangreiche sein soll — („alle Zweige der Verwaltung") —, dagegen soll damit nicht gesagt werden, dass der Aufsichtsrat sich nun über jede Einzelheit des Geschäftsbetriebes „unterrichten" soll und kann, sondern eben nur, dass er dauernd die Übersicht über den Geschäftsbetrieb behält, so, wie es die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" erfordert.[3])

Die Worte „zu dem Zwecke" sind mit Absicht eingefügt worden. Es sollte klar gestellt werden, dass das „sich unterrichten" nur so weit geschehen müsse, als für den Zweck der Überwachung erforderlich ist, jedoch nicht über diesen Zweck hinaus.[4])

[1]) cf. Behrend § 127 Anm. 17 S. 859; Goldmann S. 1033; Lehmann-Ring S. 493 Nr. 1, 2; Pinner S. 174; Staub § 248 Anm. 1 a.

[2]) cf. Bauer S. 91; Makower S. 535; Staub S. 837 Anm. 2—8; Riesser S. 300 ff.

[3]) cf. Pinner S. 170 II; Kom.-Bericht S. 21.

[4]) cf. Rudorff zu § 246 S. 194: „Unterrichtung ‚zu dem Zwecke' ist Pflicht, darüber hinaus Übergriff." Ritter S. 306.

„Von dem Gange der Angelegenheiten“ soll heissen: über den ganzen Verlauf eines Geschäfts, stets unter Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.

„Sich unterrichten“, d. h. er muss die ihm als Aufsichtsrat zugängigen Unterlagen der einzelnen Geschäfte selbst prüfen, nicht darf er sich mit der Zusicherung seitens des Vorstandes begnügen, es sei alles in Ordnung. Dies würde in Hinsicht „des sich Unterrichtens“ nicht der geforderten Sorgfalt entsprechen.

In welcher Weise und wie oft im übrigen der Aufsichtsrat seiner Aufsichtspflicht genügen soll, kommt, wie oben schon bemerkt, auf die Eigenart des Unternehmens usw. an. Als hauptsächlichste Mittel bestimmt § 246 I Satz 2: „Der Aufsichtsrat kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren untersuchen.“

Der Aufsichtsrat ist sonach befugt, von diesen Mitteln Gebrauch zu machen; es sind dies aber nur Rechte, keine Pflichten.

Andererseits hat der Aufsichtsrat das Recht und unter Umständen, d. h. wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes es erfordert, die Pflicht, sich anderer Mittel zu bedienen.

Über das Wort „jederzeit“ herrscht in der Wissenschaft keine Einigkeit.

Die herrschende Meinung[1]) will das Verlangen des Aufsichtsrats nach Information nicht ausserhalb der Geschäftsstunden gestellt wissen, oder wenn der Vorstand gerade andere dringende Geschäfte zu erledigen hat, auch nicht zur Schikane.[2])

Das „jederzeit“ sei vielmehr nur so zu verstehen, dass der Aufsichtsrat mit Einfordern der Berichte usw. nicht an bestimmte Fristen gebunden sei.[3])

[1]) cf. Bauer S. 95; Küntzel S. 41; Makower S. 535 γ; Mankiewicz S. 16; Rudorff S. 194; Staub S. 837 Anm. 5; Tscharmann S. 21 u. a.

[2]) So Ring Art. 225 Anm. 2.

[3]) Makower S. 535 hebt hervor, dass dieses Recht nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als es für eine wirksame Überwachung erforderlich sei.

Diese Ansicht kann nicht befriedigen. Wenn das Gesetz sagt „jederzeit“, so ist damit unseres Erachtens gemeint, der Aufsichtsrat kann „in jedem Zeitpunkte“, sofern dies die im § 249 H.-G.-B. ihm auferlegte Sorgfalt gebietet, ein solches Verlangen stellen und diese Rechte ausüben.

Regelmässig und in den täglich vorkommenden Fällen wird dies ja während der Geschäftsstunden geschehen und der geforderten Sorgfalt genügen, und müsste in solchen Fällen das Verlangen ausserhalb dieser Zeit als Schikane angesehen werden; aber in Ausnahmefällen — man denke an ungewöhnliche Ereignisse, wie sie z. B. in Krisenjahren vorkommen —, wo nur eine unverzügliche und meistens sehr sorgfältige und eingehende Prüfung und Untersuchung der gesamten Lage der Gesellschaft oder ein sofort zu fassender Beschluss grossen Schaden abwenden, womöglich die Gesellschaft vor dem Untergange retten kann, in solchen Fällen erfordert es die Sorgfalt des Aufsichtsrats unbedingt, auch ausserhalb der Geschäftsstunden seiner Pflicht nachzukommen. Würde er mit seiner Untersuchung etwa warten bis zum Beginn der Geschäftsstunden, oder würde er dieselbe mit dem Schluss derselben abbrechen und erst andern Tags zu üblicher Geschäftszeit fortsetzen, dann würde unter Umständen der Zweck einer solchen verfehlt sein, aber auch nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entsprechen.[1])

Der Aufsichtsrat kann also zunächst Berichterstattung vom Vorstande verlangen. Unter „Berichterstattung“ ist etwas Ausführlicheres zu verstehen;[2]) der Begriff umfasst mündliche und schriftliche Mitteilungen über Angelegenheiten der Aktiengesellschaft. Auch muss, wie Bauer[3]) betont, die Berichterstattung eine vollständige und wahre sein, wovon sich der Aufsichtsrat gegebenenfalls zu überzeugen hat.

Er kann weiter dieselbe vom „Vorstande“, d. h. von dem Organ verlangen. Kommt der Vorstand dieser seiner Pflicht nicht nach, so gibt ihm das Gesetz eine Reihe von Mitteln an

[1]) cf. Goldmann zu § 246 S. 1023 Anm. 1 c Ziff. 7; Staub § 246 Anm. 5.

[2]) cf. Makower S. 535 γ.

[3]) cf. S. 95.

die Hand, vermöge deren er den Vorstand dazu zwingen kann. So kann der Aufsichtsrat gemäss § 319 H.-G.-B. bei dem Registergericht beantragen, die Mitglieder des Vorstandes durch Ordnungsstrafen zu ihrer Pflicht anzuhalten.[1])

Ausserdem steht ihm noch das im § 246 II H.-G.-B. gegebene Mittel, eine Generalversammlung zu berufen, zu Gebote, da in diesem Falle eine Berufung[2]) der Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Wird ihm auch dann noch Berichterstattung usw. vom Vorstande verweigert, so kann der Aufsichtsrat schliesslich, sofern es sich um seine Verantwortlichkeit handelt, selbst ohne und gegen den Beschluss der Generalversammlung Klage erheben gegen die Mitglieder des Vorstands (§ 247 II H.-G.-B.).[3])

Der Anspruch dieser Klage geht auf Berichterstattung. Klägerin ist die Gesellschaft, deren gesetzlicher Vertreter der Aufsichtsrat; nicht ist der Aufsichtsrat, wie unten darzutun sein wird, selbst Prozesspartei.

Andererseits braucht der Vorstand die Berichterstattung auch nur dem Aufsichtsrat als Organ, nicht aber seinen einzelnen Mitgliedern zu geben.

Weiter bestimmt das Gesetz, dass der Aufsichtsrat selbst — also in seiner Gesamtheit — oder durch einzelne von ihm besonders für diesen Zweck bestimmte Mitglieder die Einsicht in die Bücher und Schriften nehmen, sowie den Bestand der Kasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren untersuchen kann. Ferner „hat“ — ist also hierzu verpflichtet — er die Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinn-

[1]) Hervorzuheben ist, dass er bezüglich Verletzungen von Pflichten, die durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt sind, dieses Recht nicht hat. cf. O.-L.-G. Dresden in Goldschmidts Z. 35 S. 250; ferner Goldschmidts Z. 40 S. 475/476.

[2]) Die Kosten einer solchen einberufenen Genralversammlung hat die Aktiengesellschaft zu tragen. cf. O.-L.-G. Köln im „Recht“ 1904 S. 579 Nr. 2558.

[3]) Der Aufsichtsrat hat hier nachzuweisen, dass es sich um die persönliche Verantwortlichkeit seiner Mitglieder handelt. Kann er diesen Nachweis nicht erbringen, so wird die Klage abgewiesen, und können die Kosten den Mitgliedern des Aufsichtsrats dann auferlegt werden, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt (§ 102 C.-P.-O.).

verteilung zu prüfen und der Generalversammlung darüber Bericht zu erstatten.[1])

Damit der Aufsichtsrat aber auch zu seiner Prüfung die erforderlichen Unterlagen hat, hat das Gesetz die Bestimmung des § 260 II getroffen. Hiernach kann der Aufsichtsrat innerhalb der ersten drei Monate des neuen Geschäftsjahres, welche Frist aber bis auf sechs Monate verlängert werden kann, die dort näher bezeichneten Aufstellungen verlangen. Auf Grund derselben hat er dann die obige Prüfung vorzunehmen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten. Bei dieser Prüfung hat er auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vorzugehen, und wird er insbesondere festzustellen haben, ob die Bilanz gesetzmässig aufgestellt, ob Gewinn vorhanden und wie hoch derselbe ist, ob die erforderlichen Abschreibungen gemacht, ob die Gewinnverteilungsvorschläge gerechtfertigt sind usw. Erst wenn der Aufsichtsrat alle diese Punkte genauer Prüfung unterzogen hat, wird er der erforderlichen Sorgfalt entsprechend erst imstande sein, der Generalversammlung darüber Bericht zu erstatten.

Wie schon des öfteren hervorgehoben ist, haben die Mitglieder des Aufsichtsrats die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" zu beobachten. Was hierzu im einzelnen erforderlich ist, ist Tatfrage. Im allgemeinen wird es indessen genügen, Stichproben vorzunehmen. Denn es kann billigerweise von dem Aufsichtsrat nicht verlangt werden, im einzelnen alle Bücher, Schriften, Rechnungen, Bestände, Bilanzen usw. auf ihre Richtigkeit hin genau zu prüfen, was meistens gar nicht möglich sein wird. Verlangt werden muss dagegen, dass er sich davon überzeugt, dass die Bücher untereinander übereinstimmen und geordnet geführt werden, dass weiter die Bilanzen ordnungsmässig, d. h. entsprechend den in den §§ 261, 40 H.-G.-B. gegebenen Vorschriften aufgestellt werden und auch mit den Büchern, Beständen usw. übereinstimmen.[2])

[1]) Bei dieser Prüfung kann er Sachverständige zuziehen, die aber stets nur Berater sein können. cf. Goldschmidts Z. Bd. 40 S. 476; Holdheim 92 S. 58; Lehmann-Ring S. 491 Nr. 6; Ritter S. 305 Ziff. 3; Seufferts Archiv Bd. 47 S. 214.

[2]) cf. Simon, Bilanzen S. 158 Ziff. 24. So auch R.-G. in Holdheims Monatsschrift Bd. 13 S. 135: „Der Aufsichtsrat muss in gewissem Umfange von den Büchern Kenntnis nehmen."

Hervorzuheben ist noch, dass das Gesetz von „Bilanzen“ spricht, nicht etwa von „Jahres“bilanzen. Daraus folgt, dass der Aufsichtsrat auch alle Zwischenbilanzen nachprüfen kann.[1])

Keineswegs darf sich der Aufsichtsrat mit Stichproben dann begnügen, wenn ein Verdacht unredlicher Geschäftsführung gegeben ist. So auch die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung: Der Aufsichtsrat darf, falls sich Bedenken ergeben, eine gründliche Prüfung nicht unterlassen. Im übrigen komme es darauf, ob die Mitglieder des Aufsichtsrats in concreto die genügenden Kenntnisse zur Prüfung der Bücher hätten, nicht an. Seien sie hierzu nicht imstande, so hätten sie die Wahl nicht annehmen sollen.[2])

Alle diese Befugnisse sind aber dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede – ausgenommen, wenn es beauftragt ist, — nicht gegeben, und zwar aus dem Gesichtspunkt heraus, dass einmal durch ein beständiges Eingreifen der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder eine tatkräftige Geschäftsleitung des Vorstandes gelähmt werde, und sodann, dass einzelne Mitglieder die erlangte Kenntnis der inneren Geschäftsverhältnisse, insbesondere der Bezugsquellen und Geschäftsverbindungen, im eigenen Interesse ausbeuten könnten.[3])

γ) Der Generalversammlung gegenüber.

Nicht nur dem Vorstande und etwaigen geschäftsführenden Organen und Beamten gegenüber steht dem Aufsichtsrat die Aufsichtstätigkeit zu, sondern auch der Generalversammlung gegenüber. Denn auch diese ist, wie wir oben gesehen haben, Organ der Aktiengesellschaft neben Vorstand und Aufsichtsrat und kann demgemäss Beschlüsse fassen, die dem Interesse der Gesellschaft zuwiderlaufen. Obwohl nun die Generalversammlung dem Aufsichtsrat gegenüber in gewisser Beziehung das übergeordnete Organ ist – wie wir oben gezeigt haben, liegt der Generalversammlung als Vertreterin der Aktiengesellschaft die Wahl des Aufsichtsrats ob und erhält dieser hierdurch, die

[1]) cf. Lehmann-Ring § 246 Nr. 2 S. 490; Pinner S. 170; Simon S. 158; Staub S. 837 Anm. 8.

[2]) cf. Staub Anm. 8; Küntzel S. 42; Simon S. 158 Ziff. 24; Tscharmann S. 22; R.-G. in Holdheim Bd. 13 S. 135.

[3]) cf. Allgem. Begr. 1884 S. 223 (s. auch oben); Goldmann S. 1022; Staub § 246 Anm. 6.

Annahme der Wahl seitens der Gewählten vorausgesetzt, seine Existenz und damit auch erst die Möglichkeit, die ihm durch das Gesetz zugedachten Funktionen auszuüben —, so steht dennoch dem Aufsichtsrat entsprechend seiner oben des näheren ausgeführten Stellung als Aufsichtsinstanz über sämtliche Organe der Aktiengesellschaft die Aufsicht damit auch über die Generalversammlung zu.

Dies ist im Handelsgesetzbuch zwar nicht so deutlich wie oben bezüglich des Vorstandes zum Ausdruck gebracht, lässt sich aber doch aus einer Reihe von Bestimmungen herleiten: § 249 III i. V. m. § 241 III, §§ 271, 288 ff., 305 ff.

Der Zweck aller dieser Vorschriften ist Erhaltung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, weil hiervon ihr Bestehen wesentlich abhängt. Der Aufsichtsrat hat daher sein Augenmerk hauptsächlich hierauf zu richten und demgemäss seine Aufsichtstätigkeit auszuüben.

Ausdrücklich sagt dies das Handelsgesetzbuch zwar nicht, es ist aber aus den Vorschriften § 249 III i. V. m. § 241 III zu folgern. § 249 III macht nämlich die Mitglieder des Aufsichtsrats schadensersatzpflichtig, wenn die im § 241 III bezeichneten Handlungen[1]) — d. s. eben Vorgänge, durch welche das Grundkapital herabgemindert wird, — mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten vorgenommen werden, m. a. W. wenn sie ihre Pflicht, ein solches zu verhüten, d. i. aber ihre Aufsichtspflicht gegenüber der Generalversammlung versäumt haben.[2])

Diese Aufsichtstätigkeit wird je nach Lage des einzelnen Falles verschieden sein müssen, und zwar unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.

Wie schon hervorgehoben ist, bezweckt der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften die Erhaltung des Grundkapitals. So

[1]) 1. Das Verbot der Rückzahlung von Einlagen an die Aktionäre § 241 III Ziff. 1 cf. § 213. 2. Das Verbot der Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an die Aktionäre § 241 III Ziff. 2 cf. §§ 214, 215. 3. Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien oder Interimsscheine Ziff. 3 cf. §§ 226, 227. 4. Das Verbot der Ausgabe von Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrages . . . Ziff. 4 cf. § 179. 5. Das Verbot der Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder teilweiser Rückzahlung des Grundkapitals Ziff. 5 cf. § 288 ff. 6. Das Verbot der Leistung von Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft Ziff. 6 cf. § 240.

[2]) cf. Hagen a. a. O. S. 334 ff.

ist hinzuweisen auf die Vorschriften betr. Erschwerung der Herabsetzung des Grundkapitals §§ 288 ff. H.-G.-B. Diese kann z. B. nur mit $^3/_4$ Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erfolgen und ist auch weiter der Zweck anzugeben usw., ferner auf die mannigfachen Bestimmungen über Liquidation und Fusion. Dass alle diese vom Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen und Bedingungen vorhanden sind, darüber hat der Aufsichtsrat zu wachen.[1]) — Diese seine Aufsichtstätigkeit und damit auch sein event. „Einschreiten" wird je nach Lage des einzelnen Falles natürlich verschieden sein müssen. Das Gesetz gibt keine allgemeinen Vorschriften darüber. Wenn es sich aber um einen Generalversammlungsbeschluss handelt, der gegen das Gesetz oder Statut verstösst oder durch dessen Ausführung der Aufsichtsrat sich strafbar oder haftbar machen würde, so ist derselbe im Wege der Klage anzufechten (§ 271 H.-G.-B.). Zur Klage berechtigt ist nur das einzelne Aufsichtsratsmitglied, weil nur dieses verantwortlich ist, nicht der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit, und demgemäss steht die ganze Aufsichtstätigkeit in dieser Hinsicht nicht, wie grundsätzlich dem Vorstande gegenüber,[2]) dem Aufsichtsrat als Kollegium, sondern nur den einzelnen Mitgliedern zu.

δ) Bei der Nachgründung.

Von der Aufsichtstätigkeit des Aufsichtsrats bleibt uns nur noch seine Tätigkeit im Falle einer Nachgründung kurz zu erörtern.

Unter einer Nachgründung versteht man jedes Unternehmen einer Aktiengesellschaft innerhalb der ersten zwei Jahre seit der Eintragung in das Handelsregister, welches gerichtet ist auf den Erwerb vorhandener oder herzustellender Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbeweglicher Gegenstände, sofern dadurch mehr als der zehnte Teil des Grundkapitals berührt wird.[3])

[1]) cf. R.-G. Bd. 22 S. 135.

[2]) cf. oben.

[3]) cf. § 207 I H.-G.-B. Keine Nachgründung liegt dagegen im Falle des § 207 V H.-G.-B. vor.

§ 207 II H.-G.-B. legt in solchem Fall dem Aufsichtsrat[1]) die besondere Pflicht auf, vor der Beschlussfassung derartige Verträge zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung einen schriftlichen Bericht zu erstatten. Diese Prüfung ist nach den oben erörterten Grundsätzen vorzunehmen und hat sich insbesondere auf die Angemessenheit der Nachgründung, was auch im schriftlichen Bericht hervorzuheben sein wird.[2]) zu erstrecken. Dieser schriftliche Bericht ist dann gemäss § 207 IV H.-G.-B. nach erfolgter Zustimmung der Generalversammlung vom Vorstand zum Handelsregister einzureichen. Diese Vorschrift ist nur Ordnungsvorschrift (gemäss § 14 H.-G.-B.) und kann ihre Befolgung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, hat aber auf die Gültigkeit der Nachgründung keine Wirkung.[3])

Diese Nachgründungen werden wirksam mit Zustimmung der Generalversammlung (§ 207 I, III H.-G.-B.) und bedürfen der besonders vorgeschriebenen Majoritäten. Das ist zwingendes Recht.

Der Bericht des Aufsichtsrats ist dagegen nicht unbedingt zwingend; fehlt er, so ist der Generalversammlungsbeschluss nur anfechtbar (§ 271 H.-G.-B.); erfolgt aber binnen 1 Monat keine Anfechtung, wird trotz fehlenden Prüfungsberichts der Beschluss der Generalversammlung rechtsgültig.[3])

Der Zweck der Prüfungsvorschriften (§ 207 II H.-G.-B.) ist, wie die Denkschrift betont.[4]) zu verhüten, dass die gesetzlichen Vorschriften[5]) über Einbringung von Vermögensgegenständen bei der Gründung in der Weise umgangen werden, dass die Aktiengesellschaft nachträglich die betr. Gegenstände erwirbt, dass also erst eine reine Geldgesellschaft gegründet wird, und dass nach Eintragung der Aktiengesellschaft der Erwerb der betr. Gegenstände erfolgt, welcher bereits vor der Errichtung geplant, aber hinausgeschoben ist, um ihn später durch Vorstand oder Aufsichtsrat vornehmen zu lassen und dadurch den erwähnten

[1]) Zu beachten ist, dass diese Prüfung hier abweichend von der bei der Gründung (§ 192 H.-G.-B.) erfolgten (s. oben) durch den Aufsichtsrat als Organ, in seiner Gesamtheit vorzunehmen ist.

[2]) cf. Makower S. 438.

[3]) Johow Bd. 10 S. 33/34; Makower S. 438 f.; Puchelt-Förtsch Anm. 6 zu Art. 180 e; Lehmann-Ring § 207 Nr. 8; Staub zu § 207 S. 704 ff.

[4]) S. 129/130; cf. v. Hahn S. 297.

[5]) cf. § 186 H.-G.-B.

strengeren Vorschriften des § 186 H.-G.-B. bei der eigentlichen Gründung nicht unterworfen zu sein.

b) Seine Tätigkeit als Verwaltungsorgan.

Bereits die Allgemeine Begründung zum Entwurfe der Novelle von 1884[1]) betonte, dass, wenn auch die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats in die Beaufsichtigung der gesamten Geschäftsführung des Vorstandes gesetzt werden müsse, daraus doch keineswegs die Notwendigkeit folge, dem Aufsichtsrate jede Beteiligung an der Verwaltung zu untersagen. Mit Recht würde dies dem Vorwurf begegnen, dass einer doktrinären Ansicht zuliebe die realen Verhältnisse des Lebens nicht genügende Berücksichtigung fänden. Ein Organ, welches der Verwaltung und dem Geschäftsbetriebe völlig fernstehe, könne in dieselben einen Einblick nur schwer gewinnen, und werde seine Aufsicht meist auf die formale Geschäftsführung, namentlich die Buchführung beschränken, deshalb aber kaum in der Lage sein, Missgriffen oder betrüglichen Handlungen des Vorstands rechtzeitig vorzubeugen.

So hat die Novelle von 1884[2]) dem Aufsichtsrat neben seiner Aufsichtspflicht noch gewisse Mitwirkungsrechte und -pflichten bezüglich der Geschäftsführung übertragen.

Diese Bestimmungen hat das Handelsgesetzbuch von 1897 übernommen; hat sich aber auch hier mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der hier in Frage stehenden Tätigkeit damit begnügt, nur die Grundzüge aufzustellen; Einzelheiten zu bestimmen, dem Statut überlassend.[3])

Die Art der Mitwirkung ist teils beschliessender, teils nur beratender Natur. So hat der Aufsichtsrat beispielsweise beschliessende Stimme in den Fällen der §§ 180 III, 222 IV S. 1, 238 H.-G.-B., eine beratende dagegen in den Fällen der §§ 207 II, 260 II u. a. — In diesen letztgenannten Fällen ist die beschliessende Stimme der Generalversammlung gewährt.

Eine solche geschäftsführende Tätigkeit des Aufsichtsrats ist bereits in der oben geschilderten Prüfung der Gründungs-

[1]) S. 218/219.

[2]) cf. z. B. Art. 223.

[3]) cf. §§ 192, 193, 195, 222 IV, 232 II S. 2, 238, 246 II, 254 I, III, 260 II, 274 I, 280, 284 H.-G.-B.

vorgänge (§ 192 H.-G.-B.) und in dem Gründungsbericht (§ 196) zu erblicken, weiter in der Tätigkeit des Aufsichtsrats bei der Nachgründung (§ 207 H.-G.-B.), ferner in der Berichterstattung über die Jahresrechnungen, Bilanzen, Vorschläge zur Gewinnverteilung an die Generalversammlung, auch in den Bemerkungen[1]) zur Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und zum Bericht über den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft (§ 260 II H.-G.-B.), des weiteren in seiner Pflicht, die Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist[2]) [3]) (§ 246 II H.-G.-B.), oder wenn Aktionäre, deren Anteile zusammen den 20. Teil des Grundkapitals erreichen, gemäss § 254 H.-G.-B. dies verlangen. Diese Pflicht zur Berufung hat der Aufsichtsrat als Organ.[4]) Wann und ob ein solcher Fall, in welchem das Interesse der Gesellschaft die Berufung erfordert, vorliegt.[5]) ist Tatfrage und ist, wie oben ausgeführt, aus dem Gesichtspunkt der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu entscheiden.

[1]) cf. Makower S. 536 Nr. 2 *α*: „Der im § 246 erwähnte ‚Bericht' des Aufsichtsrats ist wohl nicht dasselbe wie die in den §§ 260, 263, 265 erwähnten ‚Bemerkungen'. Der ‚Bericht' kann nach dem Ermessen des Aufsichtsrats mündlich oder schriftlich sein; die ‚Bemerkungen' müssen schriftlich sein . . ."

[2]) Diese Befugnis steht dem Aufsichtsrat neben dem Vorstand zu (§ 253) und ist durch Statut nicht entziehbar („Recht" 1904 S. 579).

[3]) Der 27. deutsche Juristentag hat den Beschluss gefasst, „dass die Einberufung von Generalversammlungen einer Aktiengesellschaft zu den in erster Linie dem Vorstande der Aktiengesellschaft obliegenden Handlungen der Geschäftsführung" gehöre, dass „demgemäss, wie über alle andern Fragen der Geschäftsführung, so auch über die Frage, ob und wann die Einberufung einer Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft erforderlich sei, der Vorstand (event. der Aufsichtsrat) der Aktiengesellschaft nach seinem pflichtgemässen Ermessen im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns je nach Lage des Einzelfalls und unter Berücksichtigung aller Interessen der Gesellschaft zu entscheiden" habe. — cf. Goldmann S. 1027.

[4]) cf. Bauer S. 105/106.

[5]) Simon in D. J.-Z. 1904 S. 778 ff. erachtet einen solchen Fall nur für vorliegend, „wenn eine Beschlussfassung über Angelegenheiten der Aktiengesellschaft erforderlich ist, die unmittelbar oder mittelbar nach Gesetz oder Statut zur Zuständigkeit der Generalversammlung gehört, wogegen aber für solche Verwaltungshandlungen, die Gesetz oder Statut der Generalversammlung nicht vorbehält, diese nicht zuständig sei"; Endemann in Holdheims Monatsschrift 1903 (S. 201) dagegen „bei ungewöhnlichen Unternehmungen, die aus dem Rahmen des bisherigen Geschäftsbetriebs ganz herausfallen, eine Um-

Der Aufsichtsrat muss also genau alle Umstände prüfen. Und diese Prüfung hat er sowohl nach der objektiven Seite („dass dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist“) als auch nach der subjektiven Seite („Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“) hin vorzunehmen. Darüber, ob er dieser seiner Pflicht nachgekommen ist, entscheidet gegebenenfalls das Gericht. Hat er sie aber verletzt, macht er sich schadensersatzpflichtig.[1])

Des weiteren gehören zu der gesetzlich geregelten Geschäftsführung des Aufsichtsrats die Anmeldung der Aktiengesellschaft (§ 195 H.-G.-B.) und des Beschlusses über die Erhöhung des Grundkapitals (§§ 280, 284 H.-G.-B.) zum Handelsregister; die Zustimmung zur Bestellung von Prokuristen (§ 238 S. 1 H.-G.-B.), sofern nicht durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Generalversammlung ein anderes bestimmt ist; schliesslich die notwendige Mitwirkung bei der Übertragung sog. vinkulierter Namensaktien, nämlich solcher, die auf einen Betrag von weniger als 1000 M. lauten (§§ 180 III, 222 IV S. 1 H.-G.-B.).

Neben dieser durch das Handelsgesetzbuch selbst geregelten Verwaltungstätigkeit des Aufsichtsrats können weitere geschäftsführende Obliegenheiten durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden (§ 246 III H.-G.-B.).

Dass diese beliebig ausgedehnt, nicht aber vermindert werden können, ist bereits oben des näheren erörtert worden.

---

wälzung des gesamten Betriebs bedeuten oder die kaufmännische und technische Grundlage der Gesellschaft verschieben“.

R.-G. vom 3. Mai 1902, abgedruckt im Sächs. Archiv Bd. 12 S. 723 ff: „Nach bestehender Rechtsvorschrift sind Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft verpflichtet, sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern, ohne welche sie auf ihre Gefahr handeln.“

Diesen Ansichten können wir nicht völlig beitreten. Unseres Erachtens ist ein solcher Fall vielmehr schon stets dann als gegeben anzusehen, wenn es sich um wichtige Angelegenheiten handelt, die von entscheidendem Einfluss auf den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft sind (Tatfrage!). So auch Goldmann S. 1026, der bei Vornahme von Rechtsgeschäften das Hauptgewicht auf den Grad und den Umfang des Risikos legt (cf. R.-G. vom 3. Mai 1902), welches der Gesellschaft aus dem Rechtsgeschäft erwächst, und auf die Bedeutung, welche das Geschäft für die Gesellschaft hat.

[1]) cf. R.-G. Bd. 35 S. 83 ff.; Goldmann zu § 246 Ziff. 10—12.

— So wird das Statut regelmässig die Bestellung und Entlassung der Vorstandsmitglieder dem Aufsichtsrat zuweisen. In diesem Falle hat der Aufsichtsrat gemäss § 236 I S. 2 H.-G.-B. das Recht, den Vorstandsmitgliedern das Betreiben eines Handelsgewerbes usw. . . . zu gestatten, sie also von dem Konkurrenzverbot zu befreien.

Auch kann gemäss § 232 II S. 2 der Aufsichtsrat ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugnis zu erteilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten. Und schliesslich kann sogar bestimmt werden, dass der Vorstand ohne besondere Anordnung nichts von Belang tun darf und alle Anordnungen des Aufsichtsrats befolgen muss. So kann der grösste Teil der Geschäftsführung dem Aufsichtsrate übertragen werden, womit dann der Vorstand zum blossen Vollziehungsorgan des Aufsichtsrats wird.[1])

Die Mitwirkung des Aufsichtsrats an der Verwaltung ist somit unter Umständen, d. h. wenn das Statut von seinem Recht weitgehendsten Gebrauch macht, eine ganz bedeutende. Hier liegt u. E. eine Gefahr für die Interessen der Aktiengesellschaft.

Wie schon oben bei der Aufsichtstätigkeit des Aufsichtsrats im allgemeinen erörtert ist, hat der Gesetzgeber einer dauernden Vereinigung des Aufsichtsrats mit dem Vorstande entgegengewirkt aus dem Gesichtspunkt heraus, dass, wenn der Aufsichtsrat an der Geschäftsführung des Vorstandes teil habe, seine Kontrolle diesem gegenüber nicht mehr eine ganz unparteiische sein könne.

Trotzdem hat das Gesetz, wie zu Anfang dieses Abschnittes ausgeführt, mit Rücksicht auf die realen Verhältnisse dem Aufsichtsrat eine Reihe von Verwaltungsbefugnissen übertragen. Dies ist aus den erörterten Gesichtspunkten heraus durchaus zu billigen. Durch diese ihm gesetzlich auferlegten Verwaltungsbefugnisse wird auch keine eigentliche Gefahr bezüglich der Unparteilichkeit des Aufsichtsrats begründet; diese würde auch durch die grossen Vorteile hinsichtlich einer wirksameren Aufsichtstätigkeit gegenüber dem Vorstande völlig aufgewogen werden.

[1]) Goldmann zu § 246 Ziff. 13 a. E. S. 1028; Goldschmidts Z. Bd. 35 S. 247, 40 S. 476; Küntzel S. 47 Anm. 158; Lehmann-Ring S. 491 Nr. 4; Ring Anm. 3 zu Art. 225; Seufferts Archiv 47 S. 312 ff. Nr. 214; Staub S. 838 Anm. 10. A. M.: Petersen u. v. Pechmann S. 461.

Die eigentliche Gefahr liegt vielmehr darin, dass der Gesellschaftsvertrag von seinem Rechte, weitere Verwaltungsbefugnisse dem Aufsichtsrat zu übertragen, einen allzu ausgedehnten Gebrauch macht, so dass es, wie bereits hervorgehoben ist, dahin kommen kann, dass dem Aufsichtsrat der grösste Teil der Verwaltung zusteht und der Vorstand zu einem blossen Vollziehungsorgan herabsinkt. In einem solchen Falle würde aber der Aufsichtsrat im wesentlichen seine eigene Geschäftsführung zu beaufsichtigen haben und damit würde seine Unparteilichkeit doch sehr in Frage gestellt werden. Dass dies aber nicht einzutreten braucht, auch dafür hat das Gesetz Sorge getragen und die Möglichkeit einer Abhilfe gegeben, indem es, wie bereits oben des näheren erörtert ist, ausdrücklich die Bestellung „eines anderen Organs", z. B. eines Verwaltungsrats, welchem ein grosser Teil dieser Verwaltungstätigkeit durch Statut übertragen werden kann, zulässt (§ 235 II Satz 2 H.-G.-B.). Hiermit wird dann die Unparteilichkeit des Aufsichtsrats vollständig gewährleistet.[1])

c) Seine Tätigkeit als Vertretungsorgan.

In bestimmten Fällen hat das Handelsgesetzbuch dem Aufsichtsrat auch die Vertretuug der Aktiengesellschaft nach aussen übertragen. Diese Befugnis steht ihm aber nur in seiner Gesamtheit, als Kollegium zu.[2])

Mit diesen Bestimmungen hat das Handelsgesetzbuch von 1897 die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats ausdrücklich festgelegt und eine Lücke der bisherigen Gesetzgebung ausgefüllt. Auch bereits vor unserm jetzigen Handelsgesetzbuch hatte der Aufsichtsrat eine gewisse Vertretungsmacht insoweit, als er nämlich einmal das Recht hatte, Dienstverträge mit den Vorstandsmitgliedern abzuschliessen für den Fall, dass ihm nach dem Gesellschaftsvertrage die Bestellung des Vorstands oblag, und sodann weiter, als er gesetzlich bevollmächtigt war zur

[1]) Dass die Tätigkeit eines solchen Verwaltungsrates auch der Beaufsichtigung seitens des Aufsichtsrats unterliegt, ist oben erwähnt.

[2]) Es müssen also grundsätzlich alle Mitglieder gemeinsam handeln; zulässig ist es aber auch, dass der Aufsichtsrat einzelne Mitglieder besonders bevollmächtigt. cf. Esser S. 114; Jur. Wochenschrift S. 100 Nr. 30. Pinner § 247 Anm. 1 will mangels abweichender Bestimmungen des Statuts die Mehrheit des Aufsichtsrats für vertretungsberechtigt ansehen.

Führung von Prozessen, welche die Generalversammlung beschlossen hatte.[1])

Das heutige Recht geht weiter. Kraft Gesetzes hat der Aufsichtsrat das Recht der Vertretung der Gesellschaft in den besonders bezeichneten Fällen. Er ist aber nicht Vertreter der Aktiengesellschaft schlechthin im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, vielmehr hat er nur „die Stellung" eines gesetzlichen Vertreters (§ 26 II B. G.-B.). Denn er ist wie der Vorstand ein Organ der Gesellschaft, nicht aber selbst Rechtssubjekt.

Diese allgemeine Vertretungsbefugnis gibt ihm § 247 I H.-G.-B.: „Der Aufsichtsrat ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen die letzteren die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen."

Streitig ist, ob der Aufsichtsrat „ausschliesslich" befugt ist, die Aktiengesellschaft bei Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten.

Die herrschende[2]) Meinung sagt, dass auch in diesen Fällen in erster Linie der Vorstand vertretungsberechtigt sei.

Dieser Ansicht können wir nicht zustimmen. — Es ist zwar richtig, dass der im § 231 I H.-G.-B. ausgesprochene Satz: „Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und aussergerichtlich vertreten" die allgemeine Grundregel bildet. Das Gesetz hat aber hiervon aus praktischen Gesichtspunkten Ausnahmen gemacht, dabei von der Erwägung ausgehend, dass in besonderen, näher bezeichneten Fällen eine Vertretung durch den Vorstand nicht im Interesse der Gesellschaft liege, da es sich hier, wie die Denkschrift ausführt,[3]) um einen „besonders wichtigen Fall, in welchem dem Aufsichtsrate die Vertretung der Gesellschaft ‚zukomme', handele". — Es hat daher hier dem Vorstand die Vertretung entzogen und dieselbe ausschliesslich dem Aufsichtsrat übertragen. Dass dies der Sinn des Gesetzes ist, ergibt auch der Wortlaut des § 247: „Der Aufsichtsrat ist

[1]) cf. Art. 193 Abs. 3, 194; Allgem. Begr. 1884 S. 213; Lehmann, Recht der Aktiengesellschaft Bd. II S. 350 Anm. 2.

[2]) Behrend zu § 127 Anm. 13 S. 858; Pinner S. 172 I; Ritter S. 307; Makower S. 539 I c; Rehdorff S. 195; „Recht" 1908 S. 139 Nr. 848 (Beilageband); Staub S. 840 Anm. 1.

[3]) cf. S. 143.

‚befugt', die Gesellschaft . . . zu vertreten . . ." Damit will es besonders ausdrücken, dass in den festgelegten Fällen der Aufsichtsrat allein der gesetzliche Vertreter der Aktiengesellschaft sein soll.[1])

Weiter kann der Aufsichtsrat ohne und selbst gegen den Beschluss der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen, wenn es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt (§ 247 II H.-G.-B.).

Streit herrscht hier, ob der Aufsichtsrat der gesetzliche Vertreter der Aktiengesellschaft ist oder ob er als selbständige Prozesspartei auftritt.

Wir schliessen uns der ersten Meinung an, welche die herrschende[2]) ist.

Die Vertreter der zweiten[3]) Ansicht berufen sich auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift,[4]) wonach das persönliche Interesse massgebend sei. Der Aufsichtsrat sei sonach nicht Vertreter der Aktiengesellschaft, sondern trete selbst als Partei auf. Und dieses selbständige Klagerecht behalte er, selbst wenn er seine Qualifikation als Mitglied des Aufsichtsrats, sei es durch Widerruf oder Rücktritt, verloren habe.

Diese Meinung entspricht u. E. nicht der Absicht des Gesetzes. Prozesspartei ist hier nicht der Aufsichtsrat, sondern die Aktiengesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat. „Der Aufsichtsrat" kann schon um deswegen nicht Prozesspartei sein, weil, wenn es sich auch um sein eigenes Interesse, wenigstens dasjenige seiner Mitglieder handelt, er doch in seiner Eigenschaft als Organ der Aktiengesellschaft auftritt, und weil er nicht die Ansprüche des Aufsichtsrats, sondern solche der Gesellschaft geltend macht. Das Interesse der Gesellschaft wahrt er aber, wie Küntzel a. a. O. betont, auch durch die Klage gegen den Willen der Generalversammlung, indem er Schaden abwenden will, für den er aufkommen müsste. — Nach Tschar-

[1]) Dieser Meinung sind u. a. insbesondere Goldmann zu § 247 Anm. 1 S. 1030; Lehmann-Ring S. 492 Nr. 1.

[2]) cf. Behrend § 127 Anm. 12 S. 858; Küntzel S. 48 Anm. 161; Goldmann S. 1031; Makower § 247 S. 540 Note III c; Petersen u. v. Pechmann Art. 194 S. 250; Pinner § 247 S. 173 II; Staub S. 841 § 247 Anm. 7.

[3]) cf. Hagen S. 366; Lehmann-Ring § 247 S. 492 Nr. 2.

[4]) Entwurf eines H.-G.-B. 1847 zu Art. 167 S. 86/87.

MANN[1]) soll es auf die Verhältnisse und Umstände des einzelnen Falles ankommen, ob der Aufsichtsrat als selbständige Prozesspartei oder als Vertreter der Aktiengesellschaft anzusehen sei.

Weiter stehen auch, wie u. a. STAUB und KÜNTZEL a. a. O. mit Recht hervorheben, die Abs. I und II des § 247 H.-G.-B. in engem Zusammenhange. Abs. I bezeichnet aber den Aufsichtsrat ausdrücklich als Vertreter der Gesellschaft und ist dasselbe auch für Abs. II anzunehmen.

Allerdings hat hier „der Aufsichtsrat" die Verantwortlichkeit seiner Mitglieder zu beweisen, andernfalls die Klage abgewiesen wird. Die Prozesskosten fallen der Gesellschaft zur Last, da diese ja die Prozesspartei ist.

Ein weiterer Fall der Stellvertretung des Aufsichtsrats ist gegeben bei den in den §§ 271, 272 H.-G.-B. genannten Anfechtungsklagen. Hier wird die beklagte Aktiengesellschaft, falls der Vorstand selbst klagt, durch den Aufsichtsrat allein, andernfalls wird sie durch beide Organe gemeinsam vertreten.[2])

Ferner kann jedes Mitglied des Aufsichtsrats gemäss § 309 H.-G.-B. auf Nichtigkeitserklärung der Aktiengesellschaft klagen, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 II wesentlichen Bestimmungen enthält, bezw. eine dieser Bestimmungen nichtig ist.

Schliesslich hat der Aufsichtsrat noch eine subsidiäre Vertretung der Aktiengesellschaft in dem Fall, dass die Mitglieder des Vorstands das ihnen durch § 236 H.-G.-B. auferlegte Konkurrenzverbot übertreten. Die Gesellschaft kann hier nach Abs. II Schadensersatz oder statt dessen den Eintritt in das vorgenommene Geschäft verlangen.

[1]) S. 24.

[2]) Der Aufsichtsrat hat dieses Recht auch hier nur in seiner Gesamtheit, mit Ausnahme von § 271 IV H.-G.-B., wo die einzelnen Mitglieder klageberechtigt sind, wenn es sich um Generalversammlungsbeschlüsse handelt, durch dessen Ausführung sie sich strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden. – Klagen so viele Mitglieder, dass Aufsichtsrat und Vorstand beschlussunfähig sind, so hat das Gericht einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen (§ 57 C.-P.-O.). cf. GOLDSCHM. Z. Bd. 40 S. 99. — Die einzelnen Mitglieder sind also zur Vertretung nur gemeinschaftlich berechtigt. Auch sollen in der Klageschrift sowie in den vorbereitenden Schriftsätzen die einzelnen namentlich als Vertreter der Aktiengesellschaft angeführt werden (C.-P.-O. §§ 130 Ziff. 1, 253 Ziff. 4). cf. STAUB S. 835 Einl.; GOLDSCHM. Z. 40 S. 99.

Gemäss § 231 H.-G.-B. steht die Geltendmachung dieser Rechte grundsätzlich dem Vorstande zu, subsidiär dem Aufsichtsrate, d. h. falls der Vorstand ohne die schuldigen Mitglieder nicht mehr zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. —

Wie wir bereits oben hervorgehoben haben, ist die Stellung des Aufsichtsrats als Stellvertretungsorgan der Aktiengesellschaft eine Ausnahmestellung. Über diese hier erörterten, gesetzlich festgelegten Ausnahmefälle hinaus kann ihm eine Vertretung der Gesellschaft nach aussen auch nicht durch das Statut beigelegt werden. Und somit ist es auch nicht zulässig, dem Aufsichtsrat die ständige Vertretung der Aktiengesellschaft nach aussen zu übertragen.[1]) Tritt er trotzdem im Namen der Gesellschaft, seine Vertretungsmacht überschreitend, auf, so haften die Mitglieder des Aufsichtsrats nach den Rechtssätzen vom falsus procurator nach § 179 B. G.-B.

3. Die Obliegenheiten des Aufsichtsrats bei Auflösung der Aktiengesellschaft.

Die Tätigkeit des Aufsichtsrats während der Auflösung der Aktiengesellschaft besteht in der Überwachung der Liquidatoren.

Eine Bestellung der Liquidatoren steht ihm dagegen nicht zu. Auch kann ihm dieses Recht nicht durch Generalversammlungsbeschluss übertragen werden. Ebensowenig hat er ein Abberufungsrecht. —

Die Liquidatoren haben innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes,[2]) sie sind sonach die gesetzlichen Vertreter der Aktiengesellschaft während der Liquidation.[3]) In analoger Anwendung des § 232 II S. 2 H.-G.-B. kann der Aufsichtsrat auch hier durch den Gesellschaftsvertrag ermächtigt werden, einzelnen Liquidatoren die Befugnis zu erteilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit andern Liquidatoren zu vertreten.

Regelmässig, d. h. wenn nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Generalversammlung anderes bestimmt ist, sind die Mitglieder des Vorstandes zugleich Liquidatoren (§ 295 I H.-G.-B.). Auf Antrag des Aufsichtsrats oder einer

[1]) cf. Behrend § 127 Anm. 7 a; Staub Einl. zu § 246 S. 835; R.-G. in Jur. Wochenschrift 1897 S. 348/349 Nr. 24.

[2]) cf. § 298 II H.-G.-B.

[3]) cf. R.-G. Bd. 41 S. 95.

Aktionärfraktion, deren Anteile zusammen den 20. Teil des Grundkapitals erreichen, kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat; in gleicher Weise auch die Abberufung (§ 295 II, III H.-G.-B.).

Diese Befugnisse stehen dem Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit, als Organ zu, nicht den einzelnen Mitgliedern. Weiter hat der Aufsichtsrat ein solches Antragsrecht nur „aus wichtigen Gründen". Über das Vorliegen solcher wichtiger Gründe entscheidet der Richter nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse. —

Hervorzuheben ist noch derjenige Fall der Fusion (sog. eigentliche), in welchem das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen und vereinbart wird, dass eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll (§ 306 I i. V. m. § 305 I H.-G.-B.). In diesem Falle ist das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten[1]) (§ 306 II H.-G.-B.). Mit diesem Zeitpunkt[2]) ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats der aufgelösten Gesellschaft beendigt; ihren Gläubigern haften von nun an die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft als Gesamtschuldner für die Ausführung dieser getrennten Verwaltung. Diese Haftung trifft die Mitglieder des Aufsichtsrats jedoch nur, soweit mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften erfolgt ist (§ 306 VI H.-G.-B.). —

Bei der sog. Fusion im uneigentlichen Sinne (§ 305 H.-G.-B.), bei welcher eine Liquidation der aufgelösten Gesellschaft erfolgt, kommen die (in diesem Abschnitt) erörterten Vorschriften in bezug auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats zur Anwendung.[3])

[1]) Die Vereinigung der beiden Vermögensmassen ist erst zulässig mit Ablauf des im § 301 H.-G.-B. vorgeschriebenen Sperrjahres und Beobachtung der übrigen dort angegebenen Bestimmungen (§ 306 V, 287, 301 I H.-G.-B.).

[2]) d. h. also nach Anmeldung der Fusion zum Handelsregister bezw. nach der Eintragung in dasselbe.

[3]) cf. Kuntzel S. 50; Mankiewicz S. 20.

II. Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats.

Wie wir gesehen haben, hat das Gesetz den Aufsichtsrat zu einem Aufsichts-, Verwaltungs- und Vertretungsorgan der Aktiengesellschaft gemacht und ihm einen grossen Kreis von Obliegenheiten übertragen. Da nun von einer sorgfältigen Erfüllung dieser ihm zugewiesenen Funktionen wesentlich das Wohl und Wehe der Aktiengesellschaft abhängt, hat has Gesetz den Grundsatz der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns" ausdrücklich ausgesprochen und weiterhin Vorschriften aufgestellt, welche die Mitglieder des Aufsichtsrats im Falle einer Verletzung ihrer Obliegenheiten zivilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich machen.[1])

Im folgenden soll nun zunächst die zivilrechtliche und anschliessend die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats erörtert werden.

1. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit.

a) Im allgemeinen.

Bereits oben ist des näheren dargetan worden, dass die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats zu der Gesellschaft in einem Vertragsverhältnis stehen, welches rechtlich bald als Dienstvertrag, bald als Auftrag anzusehen ist. Die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder haben demgemäss, sofern keine anderweiten Bestimmungen Platz greifen, nach § 276 B. G.-B. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig aber handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt (§ 276 I S. 2 B. G.-B.). Die Haftung wegen Vorsatzes kann . . . nicht im voraus erlassen werden (§ 276 II B. G.-B.).

Unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches schreibt das Handelsgesetzbuch im § 249 I vor, dass die Mitglieder[2]) des Aufsichtsrats bei der Er-

[1]) cf. Hagen S. 335.

[2]) Das Gesetz bestimmt also ausdrücklich die Haftung der „Mitglieder", nicht des Aufsichtsrats in seiner Gesamtheit.

füllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben.

Hiermit bestimmt das Gesetz das Mindestmaß der Sorgfalt. Dieses erstreckt sich aber nicht bloss, wie im bisherigen Handelsgesetzbuche — Art. 226 I sprach nur von den „bei Erfüllung der den Mitgliedern des Aufsichtsrats nach Art. 225 zugewiesenen Obliegenheiten" — auf die dem Aufsichtsrat „durch das Gesetz zugewiesene" Tätigkeit, sondern, wie der Wortlaut des § 249 I ergibt: „bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten", auf die gesamten, insbesondere also auch durch das Statut und durch Generalversammlungsbeschluss dem Aufsichtsrat übertragenen Befugnisse.[1])

Diese im § 249 I H.-G.-B. geregelte Haftung stellt, wie gesagt, das Mindestmaß der Haftung dar. Diese Vorschrift ist zwingendes Recht und kann somit nicht durch den Gesellschaftsvertrag gemildert werden.[2]) Wenn dagegen Makower a. a. O. meint, dass diese Sorgfaltspflicht nur den Gläubigern gegenüber nicht herabgesetzt werden kann, der Gesellschaft gegenüber z. B. auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden könne, so können wir ihm hierin nicht folgen. Es ist doch hier stets zu beachten, dass diese Art der Haftung auch den Schutz der Aktionäre bezweckt.

Wohl aber kann diese Haftung verschärft werden.[3])

Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben also die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes[4]) anzuwenden, d. h. eine

[1]) cf. Denkschrift S. 142; v. Hahn, Mater. S. 309; Esser zu § 249 Anm. 1; Lehmann-Ring § 249 Nr. 1; Pinner S. 176; Staub S. 844.

[2]) Esser zu § 249 Anm. 3; Küntzel S. 52; Lehmann-Ring zu § 241 S. 481 Nr. 2; Petersen u. v. Pechmann Art. 204 S. 297 Nr. 2 Note 3; Staub S. 844 Anm. 1; R.-G. Bd. 46 S. 60 ff. A. M.: Makower § 241 II b.

[3]) Eine solche Verschärfung erscheint aber, wie die Kom.-Ber. 1884 S. 23, Küntzel S. 52 Anm. 180 ausführen, völlig unangebracht, da sie „brauchbare Personen von der Übernahme der Funktionen des Aufsichtsrats abhalten würde".

[4]) Das Gesetz spricht nicht von der Sorgfalt eines ordentlichen „Kaufmanns"; denn das Aufsichtsratsmitglied als solches ist nicht Kaufmann (cf. Makower § 241 I; Staub § 202 Anm 8). Der Ausdruck wäre zu eng gefasst. In der Kommission (Kom.-Ber. S. 22) wurde der Antrag gestellt, anstatt „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" die Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds zu setzen. Dieser Antrag wurde jedoch mit Recht abgelehnt mit der Begründung, dass die Funktion eines Aufsichtsrats-

Sorgfalt, die jeder ordentliche, seinen Geschäften gewachsene Mann regelmässig zu beobachten pflegt.[1])

Ob die Mitglieder des Aufsichtsrats diese Sorgfalt angewendet haben, ist von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse zu entscheiden.[2]) — Dass sie die erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, dieser Beweis liegt ihnen ob. Das Ausserachtlassen der notwendigen Sorgfalt ist als Fahrlässigkeit anzusehen; denn fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt (§ 276 I S. 2 B. G.-B.). Hierbei steht dem Handeln das Unterlassen gleich, sofern die Mitglieder verpflichtet waren, aktiv tätig zu werden. Denn das Reichsgericht (Bd. 18 S. 76) sieht es als Verletzung der Sorgfalt an, wenn „sich der Aufsichtsrat durch schuldvolle Unterlassung der Erfüllung von Pflichten, die ihm nach seinem Amte obliegen, ausserstande setzt, solche Tatsachen zu erfahren, die er andernfalls erfahren hätte".[3])

Diese Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, entsteht mit der Annahme der Wahl. Und so ist es denkbar, dass jemand bereits durch diese Wahlannahme seine Pflicht verletzt. Allerdings ist er dann nicht unmittelbar aus einer solchen schuldhaften Annahme haftbar, sondern nur mittelbar; denn dieselbe kann nicht als unmittelbare Ursache für den entstandenen Schaden gelten.[4])

Es muss sich daher der Gewählte bereits vor der Annahme der Wahl gewissenhaft prüfen, ob er diejenige Fähigkeit besitzt, welche zur Erfüllung der Obliegenheiten des Aufsichtsrats notwendig ist.

mitgliedes keineswegs wie die eines Schiffers, Reeders und Frachtführers ein stehendes Gewerbe darstelle und daher die Bezugnahme auf die Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsratsmitgliedes noch keinen sicheren Maßstab für die Beurteilung, welche Sorgfalt anzuwenden sei, enthalte.

[1]) „Der Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes fällt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in der Anwendung auf geschäftliche Verhältnisse zusammen." Kom.-Ber. S. 23; cf. v. Völderndorff S. 610.

[2]) Küntzel S. 52 Anm. 176 und Tscharmann S. 38 weisen mit Recht darauf hin, dass von den verschiedenen Berufen oft ein verschiedenes Maß von Sorgfalt zu verlangen sein wird.

[3]) cf. R.-G. a. a. O. u. R.-G. in Strafs. Bd. 5 S. 163.

[4]) cf. Hagen S. 336; Küntzel S. 53 Anm. 181; Stier-Somlo S. 61.

Einige Schriftsteller[1]) heben hervor, dass neben Geschäftskenntnis und persönlicher Befähigung auch äussere Umstände, wie z. B. Gesundheits-, Geschäfts- und Familienrücksichten von Bedeutung sind.

Dem können wir zustimmen und als weitere solche Umstände z. B. noch weite Entfernung vom Sitz der Aktiengesellschaft, Überhäufung mit andern Geschäften zufügen.

Und so wird auch der Richter, wenn er zu prüfen hat, ob ein Aufsichtsratsmitglied die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, alle diese Umstände zu berücksichtigen haben.

Nun sagt allerdings die amtliche Begründung,[2]) dass „eine besondere Erfahrung und Kenntnis in dem bestimmten Geschäftszweige der Gesellschaft nicht zum Maßstabe dient, und dass nicht mehr und nicht weniger verlangt wird, als die Sorgfalt, welche ein jeder ordentliche Geschäftsmann anwendet".

Damit soll aber nur zum Ausdruck gebracht werden, dass es nicht erforderlich ist, dass jedes Aufsichtsratsmitglied nach allen Richtungen hin die Kenntnis der einschlägigen, gerade dem betr. Unternehmen eigentümlichen Verhältnisse besitzen muss.

Für die Beurteilung der Sorgfaltspflicht ist es weiter von Bedeutung, ob, wie oben erörtert, Ausschüsse, Kommissionen usw. innerhalb des Aufsichtsrats zur Erledigung der einzelnen Obliegenheiten gebildet sind. Ist dies der Fall, so haftet jedes Mitglied grundsätzlich für den ihm zugewiesenen Teil der Tätigkeit. Die Haftung der übrigen, nicht in diese Ausschüsse delegierten Mitglieder kann eine verschiedene sein. So kann dieselbe schon gegeben sein, wenn sie Obliegenheiten pflichtwidrig einem Ausschusse zugeteilt haben, wo nach der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes dieselbe vom Aufsichtsrat als Ganzem erledigt werden musste.

Weiter kann sie Haftung treffen bereits bei der Auswahl der einzelnen für die Ausschüsse, wenn sie entgegen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes Mitglieder hinein delegiert haben, denen in diesem besonderen Falle die Fähigkeit oder die hierzu notwendige Geschäftskenntnis nicht gegeben ist.

[1]) cf. Hagen a. a. O.; Mankiewicz S. 27; Petersen u. v. Pechmann S. 296/297.

[2]) cf. Bauer S. 148.

Schliesslich haben sie eine allgemeine Aufsichtspflicht über diese Ausschüsse und haften, wenn sie diese verletzen. Dies ist beispielsweise schon dann der Fall, wenn sie nach Kenntniserlangung von Pflichtverletzungen seitens der Ausschüsse nicht sogleich einschreiten. Darüber, wie sie einschreiten sollen, ist nichts gesagt. Regelmässig wird vor Anwendung der allgemeinen Mittel eine einfache Ermahnung an die Ausschussmitglieder genügen. Wird die Ermahnung aber nicht befolgt, so müssen sie zu den allgemeinen Mitteln greifen, da nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[1]) erfolglose Bitten und Ermahnungen und Äusserung von Bedenken nicht als Entschuldigung, d. h. nicht als genügende Erfüllung der Sorgfaltspflicht anzusehen sind.[2]) —

Nachdem wir hiermit die Haftung des Aufsichtsrats im allgemeinen erörtert haben, wollen wir im folgenden die aus der Tätigkeit des Aufsichtsrats entspringende besondere Verantwortlichkeit darstellen.

b) Der Gesellschaft gegenüber.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats, die ihre Obliegenheiten[3]) verletzen, haften nach § 249 II H.-G.-B. der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Für diese gesamtschuldnerische Haftung kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 421 ff. ergänzend zur Anwendung. Es haften sonach diejenigen Mitglieder gesamtschuldnerisch, aus deren schuldhaftem Verhalten ein Schaden für die Aktiengesellschaft entstanden ist, nicht etwa sämtliche Mitglieder schlechthin. Das Verhalten muss den Schaden herbeigeführt haben, zwischen beiden muss also ein ursächlicher Zusammenhang bestehen.[4])

Im übrigen hat jedes schuldige Mitglied für den ganzen Schaden aufzukommen. Und soweit ein Mitglied die Tragung desselben ganz auf sich genommen hat, hat es einen Regress

[1]) R.-G. Bd. 13 S. 47 ff.

[2]) cf. Hagen S. 337; Küntzel S. 54; Lehmann Bd. II S. 260; Staub § 246 Anm. 12, § 241 Anm. 7.

[3]) Wie oben ausgeführt ist, fallen darunter die gesamten ihnen durch Gesetz, Statut und Generalversammlungsbeschluss auferlegten Verpflichtungen.

[4]) cf. Jur. Wochenschrift 1900 S. 664 Nr. 19.

an die übrigen mit ihm als Gesamtschuldner Haftenden (§ 426 B. G.-B.).

Die Gesellschaft hat also einen Anspruch auf Ersatz des ihr aus dem Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder zugefügten Schadens. Der Umfang des Schadensersatzes bestimmt sich nach den §§ 249 ff. B. G.-B. und umfasst dieser auch den entgangenen Gewinn (§ 252 B. G.-B.). Für die Höhe des Schadensersatzanspruchs gilt § 287 C.-P.-O. Es entscheidet hiernach das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.

Über die Bedeutung der Worte „zum Ersatze“ im § 249 III H.-G.-B. herrscht Streit, nämlich, ob darunter schlechthin Schadensersatz[1]) oder nur „Ergänzung des Fehlenden“,[2]) d. h. Erstattung derjenigen Beträge, die dem Vermögen der Gesellschaft entzogen sind, ohne Rücksicht auf entstandenen Schaden, zu verstehen sei.

Dieser letzten Meinung ist nicht zuzustimmen. Hagen a. a. O. stützt sich dabei auf die doppelseitige Aufgabe des Aufsichtsrats, nämlich Überwachung des Vorstands und selbständige Verteidigung des Grundkapitals gegen Vorstand und Generalversammlung.

U. E. ist die erste die allein berechtigte Ansicht. Es folgt dies schon aus dem Zusammenhang der Abs. II und III des § 249 H.-G.-B. Im Abs. II spricht das Gesetz die allgemeine Schadensersatzpflicht und im Abs. III die Ersatzpflicht „insbesondere“ in den dort bezeichneten Fällen aus, in welchen stets eine Pflichtverletzung anzunehmen ist.

Es gibt also im Abs. III lediglich die Fälle an, in denen nach Abs. II die Aufsichtsratsmitglieder haften sollen. Daraus folgt, dass mit „Ersatz“ Schadensersatz gemeint ist. Die Ersatzpflicht ist im übrigen in den genannten Fällen auch nur gegeben, soweit durch die bezeichneten Handlungen Schaden entstanden ist.[3])

Die Aufsichtsratsmitglieder verletzen also ihre Obliegenheiten, wenn sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes

[1]) cf. Küntzel Anm. 211 S. 61.

[2]) cf. Hagen S. 346 ff.

[3]) cf. Goldmann § 241 Ziff. 10 S. 1003; Hagen S. 346 ff.; Lehmann-Ring § 241 Nr. 5; Staub § 241 Anm 9 S. 819.

nicht beobachten. Hierbei ist, wie oben schon bemerkt, dem Handeln das Unterlassen gleich zu stellen. Den Beweis, dass sie die erforderliche Sorgfalt angewendet haben, müssen die Aufsichtsratsmitglieder führen.

Gegenüber dieser allgemeinen Vorschrift im Abs. II gibt das Gesetz, wie wir oben gezeigt haben, im Abs. III Sonderbestimmungen und erklärt hier die Mitglieder des Aufsichtsrats „insbesondere“ dann zum Ersatze verpflichtet, wenn den Vorschriften des Handelsgesetzbuches zuwider mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten folgende im § 241 III bezeichnete Handlungen vorgenommen werden:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt,
3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden,
5. die Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder eine teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat.

Mit diesen Bestimmungen will das Gesetz besonders schwerwiegende, das Interesse der Gesellschaft berührende Fälle von Pflichtverletzungen kennzeichnen, bei deren Vorliegen ohne weiteres die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder eintritt, sofern die Vornahme solcher Handlungen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt ist. Das Gesetz erblickt eben schon in dem Vorhandensein eines solchen Tatbestandes die Ausserachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und ist daher unter den gegebenen Voraussetzungen die Erbringung des Nachweises der beobachteten Sorgfalt ausgeschlossen. Die Aktiengesellschaft, welche die Aufsichtsratsmitglieder aus § 249 III H.-G.-B. in Anspruch nimmt, braucht somit nur zu beweisen, dass ein solcher Tatbestand gegeben ist.

Indem das Gesetz aber in diesen Sonderfällen neben einem schuldhaften Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder weiter zur

Voraussetzung macht, dass diese Handlungen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten vorgenommen sind, soll nicht etwa zum Ausdruck gebracht werden, dass die letztere Voraussetzung unbedingt zur Geltendmachung der Haftung gegeben sein müsse und im Falle ihres Nichtvorliegens keine Haftung eintritt, sondern nur,[1]) dass unter den gegebenen Voraussetzungen „insbesondere" gehaftet wird. Denn, ist letztere Voraussetzung nicht gegeben, so tritt die allgemeine Haftung nach den oben erörterten Grundsätzen ein. Hier steht dann wieder den Aufsichtsratsmitgliedern der Beweis offen, dass sie doch die erforderliche Sorgfalt beobachtet haben.

In diesen Fällen ist also für die besondere Haftung nicht blosses schuldhaftes Verhalten Voraussetzung, sondern dieselben müssen „mit Wissen und ohne Einschreiten" der Aufsichtsratsmitglieder geschehen sein.

Dem „Wissen" ist das „Wissen müssen" nicht gleich zu setzen.[2])

Wenn daher die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder unter Berücksichtigung der von ihnen anzuwendenden Sorgfalt die oben bezeichneten gesetzwidrigen Handlungen des Vorstands nur wissen „mussten", nicht aber wirkliche Kenntnis davon hatten („wussten"), dann kann keine Haftung gemäss Abs. III eintreten, vielmehr nur, wie oben gezeigt, nach den allgemeinen Bestimmungen, falls sie eben die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ausser acht gelassen haben.

„Ohne ihr Einschreiten" sagt das Gesetz. In welcher Weise die Mitglieder des Aufsichtsrats gegen solche Fälle „einschreiten" sollen, darüber hat es nichts bestimmt. Es kommen daher die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Die Aufsichtsratsmitglieder haben sonach verschiedene Mittel, um gegen den Vorstand vorzugehen: Antrag auf Erlassung von Ordnungsstrafen beim Registerrichter, Einberufung einer Generalversammlung, Absetzung des Vorstandes, Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und schliesslich die Klage.

[1]) cf. Lehmann-Ring S. 495 1 b; Pinner S. 176; Staub S. 844 Anm. 3.

[2]) cf. Behrend S. 864 § 127 Anm. 39; Hagen S. 345; Goldmann § 249 Ziff. 6; Küntzel S. 55; Lehmann-Ring S. 495; Pinner S. 176; Staub S. 845 Anm. 4.

Welches Mittels sie sich jeweils zu bedienen haben, ist Tatfrage und von Fall zu Fall zu entscheiden.[1])

Wie bereits oben hervorgehoben ist, ist die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats nur möglich, wenn das schädigende Verhalten derselben und der Schaden in ursächlichem Zusammenhange stehen. Den Aufsichtsratsmitgliedern muss dann die Aktiengesellschaft nachweisen, dass ein Schaden durch ihr Verhalten eingetreten ist. Ihnen dagegen liegt es ob, nachzuweisen, dass ihr Verhalten ein derartiges gewesen ist, dass sich daraus die Erfüllung ihrer Pflichten gemäss der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ergibt, und weiter in den oben erörterten Sonderfällen, dass sie von dem gesetzwidrigen Tun des Vorstandes nichts gewusst oder dass sie dagegen eingeschritten sind.[2])

Weiter ist noch hervorzuheben, dass eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft nicht gegeben ist, wenn sie sich auf einen Generalversammlungsbeschluss berufen können.[3]) Es ergibt sich dies per argumentum e contrario aus den Vorschriften §§ 249 III und 241 IV: „Die Ersatzpflicht wird den Gläubigern gegenüber weder (durch einen Verzicht der Gesellchaft) noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.[4]) Denn es ist nicht angängig, die Aufsichtsratsmitglieder haftbar zu machen für die Ausführung eines Beschlusses, den sie selbst gefasst hat.[5]) Andererseits kann die klagende Aktiengesellschaft diesem auf den Generalversammlungsbeschluss gestützten Einwand entgegenhalten, dass die Ungültigkeit des Beschlusses

[1]) cf. R.-G. Bd. 13 S. 47, 49; das R.-G. hebt hervor, dass es nicht der erforderlichen Sorgfalt entspricht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied Bitten, Ermahnungen an den Vorstand richtet oder nur seine Bedenken äussert; cf. oben.

[2]) cf. R.-G. Bd. 13 S. 46, Bd. 20 S. 269, Bd. 35 S. 86; Dernburg II § 70 Ziff. 6; Cosack § 121 II 1; Pinner S. 157; R.-O.-H.-G. Bd. 6 S. 215, Bd. 17 S. 239; cf. §§ 666, 675 B. G.-B. (cf. oben). A. M.: Küntzel S. 56 ff.

[3]) Nicht kann sich der Aufsichtsrat auf solche Beschlüsse berufen, die gegen das öffentliche Recht verstossen oder deren offenbare Ungültigkeit er erkennen musste. cf. Stier-Somlo in Goldschm. Z. 53 S. 61.

[4]) cf. O.-L.-G. Bd. 6 S. 190.

[5]) cf. Allgem. Begr. 1884 S. 225/226; Küntzel S. 58 ff.; Pinner S. 175; Staub § 241 Anm. 4 S. 818. A. M.: Hagen S. 360/361.

durch den eigenen dolus des Aufsichtsratsmitgliedes verursacht worden ist.[1]) In diesem Falle würde sich das Aufsichtsratsmitglied gemäss § 826 B. G.-B. schadensersatzpflichtig machen.

Die Verfolgung dieser erörterten Ansprüche liegt in der Hand der Gesellschaft, sie geschieht durch Klageerhebung. Regelmässig müssen hierzu Generalversammlungsbeschlüsse vorliegen („wenn") §§ 268—270 H.-G.-B. und muss die Klageerhebung erfolgen, wenn einfache Stimmenmehrheit vorhanden ist (§ 251 H.-G.-B.) oder eine Minderheit, deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, es verlangt (§ 268 I H.-G.-B.). Aber auch ausnahmsweise ohne solche Generalversammlungsbeschlüsse und ohne, dass es die Minderheit der Aktionäre verlangt, muss Klage erhoben werden, „wenn es das Interesse der Aktiengesellschaft erfordert".[2])

Die Gesellschaft wird vertreten durch den Vorstand gemäss der ihm — wie bereits oben erörtert ist — zustehenden allgemeinen Vertretungsmacht (§ 231 I H.-G.-B.); durch besondere Vertreter (§ 268 II H.-G.-B.), wenn Mitglieder des Vorstandes selbst Prozesspartei sind; diese sind dann gesetzliche Vertreter der Aktiengesellschaft im Sinne des § 51 C.-P.-O. Schliesslich, wenn die Minderheit Klageerhebung verlangt, können als Vertreter die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft bestellt werden (§ 268 II H.-G.-B).[3])

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren (§ 249 IV H.-G.-B.). Da über Beginn, Hemmung und Unterbrechung der Verjährung nichts bestimmt ist, kommen die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 198 ff. zur Anwendung.

Hervorzuheben bleibt noch, dass weiter die Schadensersatzansprüche der Aktiengesellschaft durch Vergleich, Verzicht und Entlastung beseitigt werden können. Was man unter Entlastung zu verstehen hat, sagt das Gesetz nicht. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[4]) ist Entlastung eine Willenserklärung der Generalversammlung dahingehend, dass gegen den

[1]) cf. Behrend § 126 Anm. 21; Lehmann-Ring § 241 Nr. 6.

[2]) cf. Makower § 268 III c; Lehmann-Ring § 268 Nr. 4; Pinner § 268 II.

[3]) Gem. § 145 des R.-G. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit werden dieselben durch das Amtsgericht ernannt.

[4]) cf. R.-G. Bd. 18 S. 62 ff.; Dernburg Bd. II § 40.

Entlasteten aus dessen Geschäften während der fraglichen Zeit keine Ansprüche wegen der Verletzung seiner vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten mehr geltend gemacht werden sollen. Eine gültige Entlastung kann allein durch die Generalversammlung erteilt werden.[1])

c) Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber.

Auch die Gläubiger der Aktiengesellschaft haben in den oben erörterten Sonderfällen[2]) des Abs. III des § 241 H.-G.-B. unter den besprochenen Voraussetzungen und dem weiteren Nachweis, dass und inwieweit sie von der Gesellschaft ihre Befriedigung nicht erlangen können, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats (§§ 249 III, 241 IV H.-G.-B.).

Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften hiernach den Gesellschaftsgläubigern, obwohl sie zu diesen in keinem Vertragsverhältnis stehen. Allerdings ist ihre Haftung nur eine subsidiäre, nämlich, wenn und soweit die Gläubiger von der Aktiengesellschaft keine Befriedigung erhalten können.[3])

Einer Klage und Zwangsvollstreckung bedarf es nicht. Es genügt der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Aktiengesellschaft.

In erster Linie haftet die Gesellschaft. Nur mit dieser durch ihre Organe haben die Gläubiger kontrahiert, nicht mit den „Mitgliedern" des Aufsichtsrats. Denn die einzelnen können die Gesellschaft, wie oben gezeigt, gar nicht nach aussen vertreten, nur ihre Gesamtheit, der Aufsichtsrat als Organ. Dennoch erscheint die Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats in diesen Fällen gerechtfertigt, wie die Allgemeine Begründung 1884 ausführt,[4]) weil dieselben wenigstens mittelbar zugleich die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrzunehmen haben.

[1]) Bezgl. Abstimmung in der Generalversammlung cf. R.-G. Bd. 55 S. 75 ff.

[2]) Also nur in den hervorgehobenen sechs Fällen. cf. Behrend S. 853 § 126 Anm. 29; Bolze Bd. 16 Nr. 490.

[3]) Von einem „eigenen" Ersatzanspruch dagegen kann nicht gesprochen werden (cf. aber Cosack S. 631 § 121 2 b); denn er steht in gleicher Weise auch der Aktiengesellschaft zu.

[4]) S. 225; cf. Bauer S. 163/164; Renaud S. 633.

Andererseits erscheint es aber nicht billig, wie auch die Begründung weiter hervorhebt, den Gläubigern dann noch einen Ersatzanspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats zu geben, wenn schon das Gesellschaftsvermögen ihnen völlige Deckung gewährt hat. Denn haben die Aufsichtsratsmitglieder einmal an die Aktiengesellschaft den Schadensersatz geleistet, so werden sie auch den Gläubigern gegenüber frei, da sie nur einmal zu leisten brauchen, und zwar entweder an die Aktiengesellschaft oder an die Gläubiger.

Dies folgt aus dem Gesamtgläubigerverhältnis (§ 428 B. G.-B.), welches zwischen der Aktiengesellschaft und den Gläubigern in der Regel besteht.

So hat denn der Gesetzgeber mit Recht den Gläubigern in dieser Hinsicht nur einen subsidiären Anspruch gegeben.

Jeder Gläubiger kann nun, wenn die Voraussetzungen des § 241 IV H.-G.-B. gegeben sind, seinen Anspruch geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob er z. Zt. der Vornahme der Pflichtwidrigkeit bereits Gläubiger der Gesellschaft war oder später wurde. Allerdings hat der Gläubiger dann keinen Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder, wenn er z. Zt., als er Gläubiger wurde, die Pflichtverletzung kannte.[1])

Über die rechtliche Natur dieses Gläubigeranspruchs herrscht Streit.

Die einen sind der Ansicht, dass der Gesellschaftsanspruch unter den oben erörterten Voraussetzungen der §§ 249 III und 241 IV H.-G.-B. auf die Gläubiger der Gesellschaft kraft einer cessio legis übergehe.[2])

Diese Meinung kann aber deswegen nicht zutreffen, weil der Gesellschaftsanspruch durch den der Gläubiger nicht aufgezehrt wird. Die Gesellschaft behält vielmehr grundsätzlich ihren Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder weiter.[3])

Die andern dagegen betrachten den Gläubigeranspruch als einen selbständigen und von dem Gesellschaftsanspruch unabhängigen.[4])

[1]) cf. R.-G. Bd. 19 S. 111 ff.; Küntzel S. 62 Anm. 217; Staub § 241 Anm. 13. A. M.: Lehmann-Ring S. 482 § 241 Nr. 7.

[2]) cf. Hergenhahn S. 151; Lehmann-Ring § 241 Nr. 7; Staub S. 819 § 241 Nr. 51; Tscharmann S. 42.

[3]) cf. Hagen S. 354; Küntzel S. 63; Pinner S. 159.

[4]) cf. Behrend § 126 S. 853; Hagen S. 354; Küntzel S. 63; Makower S. 545 § 249 III c; v. Völderndorff S. 620 f.; Pinner S. 241.

Dieser Ansicht stimmen wir zu. Für diese Auffassung spricht auch der Standpunkt der Allgemeinen Begründung zum Entwurfe des Gesetzes von 1884:[1]) „. . . . jeder Gläubiger, welcher nachweist, dass die Gesellschaft ihn nicht befriedigen könne, kann den Anspruch derselben gegen das Aufsichtsratsmitglied zu seiner Befriedigung im Wege der Klage selbständig verfolgen . . . .“

Des weiteren ergibt dies der Wortlaut des Gesetzes selbst, wonach unter den oben erörterten Voraussetzungen der Ersatzanspruch „auch“ von den Gläubigern der Gesellschaft . . . . geltend gemacht werden kann.

Damit ist aber die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Gläubigeranspruchs klar zum Ausdruck gebracht.

Von der Grundregel des § 241 IV Satz 1 H.-G.-B. macht aber das Gesetz in Satz 2 zwei Ausnahmen: „Die Ersatzpflicht wird ihnen (den Gläubigern) gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.“ Diese Ausnahmebestimmungen hat der Gesetzgeber getroffen, um nicht der Gesellschaft die Möglichkeit zu verschaffen, durch Verzicht oder Generalversammlungsbeschluss[2]) ihren eigenen Anspruch und damit auch den der Gläubiger zu beseitigen. Denn Voraussetzung des Gläubigeranspruchs ist ja in der Regel das Bestehen des Gesellschaftsanspruchs. Ohne diese Ausnahmebestimmung könnten auch die Gesellschaftsgläubiger ihren an sich selbständigen Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder nicht geltend machen.

Mit Rücksicht hierauf hat das Gesetz in diesen Fällen von der Notwendigkeit des Bestehens des Gesellschaftsanspruchs abgesehen, so dass also hier allein der Anspruch der Gläubiger vorhanden ist. Daher ist für diesen und seinen Umfang der Gesellschaftsanspruch zu fingieren.[3])

Zu bemerken ist noch, dass der Ausdruck „Verzicht“ im weitesten Sinne auszulegen ist und hier jede Handlung umfasst,

[1]) S. 226.

[2]) Um ihre Haftung hier auszuschliessen, steht den Aufsichtsratsmitgliedern das oben erörterte Recht zu, unzulässige Beschlüsse der Generalversammlung im Wege der Klage anzufechten.

[3]) cf. Denkschrift S. 153; Bauer S. 164.

durch welche der Ersatzanspruch gemindert oder beseitigt werden soll.

Etwas besonderes gilt noch im Falle des Konkurses der Aktiengesellschaft. In diesem Falle verlieren die Gläubiger ihren selbständigen Anspruch zugunsten des Konkursverwalters. Dieser allein ist während der Dauer des Verfahrens berechtigt, die Forderung der Gläubiger gegen die Aufsichtsratsmitglieder geltend zu machen. So die herrschende Ansicht.[1])

Daraus folgt, dass der Konkursverwalter z. B. berechtigt ist, einen für die Gläubiger bindenden Vergleich mit den Aufsichtsratsmitgliedern zu schliessen.[2])

Aber auch der Gesellschaft gegenüber ist ein solcher Vergleich bindend. Die Gesellschaft bezw. in ihrem Namen ihre Organe vermögen das Schliessen eines Vergleichs nicht zu verhindern; andererseits haben sie auch keine weiteren Regressansprüche gegen die Aufsichtsratsmitglieder.[3])

Nach Aufhebung des Konkursverfahrens erlangen die Gläubiger ihren selbständigen Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder zurück, abzüglich des als Konkursquote erhaltenen und sofern derselbe nicht durch Zahlung, Vergleich usw. aufgehoben ist.

Auch die Ansprüche der Gläubiger gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats verjähren in fünf Jahren.[4])

[1]) cf. Goldmann Anm. 18; Hagen S. 356; Goldschmidts Z. Bd. 37 S. 552, Bd. 43 S. 327 Nr. 205 a; Staub Anm. 16; R.-G. Bd. 39 S. 64; Jur. Wochenschrift 1900 S. 661 Nr. 13; Lehmann-Ring Nr. 9. (cfr. z. Schluss der Anm. R.-G. Bd. 51 S. 37.) A. M.: Cosack § 121 Nr. 2 e Anm. 29; Pinner § 241 V Nr. 6; Wieland in Goldschm. Z. Bd. 55 S. 469 ff. Letzterer gibt neben dem Verwalter dem einzelnen Gläubiger das Klagerecht, jedoch nur auf Zahlung an die Masse.

R.-G. Bd. 51 S. 37: „Der Konkursverwalter handelt nicht in Vertretung des Gemeinschuldners, also der Gesellschaft, er übt vielmehr ein selbständiges Recht aus, hierzu berufen durch das Gesetz. Für den Inhalt dieses Rechts ist . . . . der Umfang des Rechts, das den Gläubigern zusteht, massgebend, und hierfür ist nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern die Eintragung im Handelsregister entscheidend . . . .“ (cf. R.-G. in Jur. Wochenschrift 1900 S. 414 Nr. 11.)

[2]) cf. R.-G. Bd. 39 S. 65.

[3]) cf. Sievers i. D. J.-Z. 1903 S. 87.

[4]) § 249 IV, § 241 V; cf. Küntzel S. 64/65.

d) Die Verantwortlichkeit bei der Gründung, Nachgründung und Fusion.

Eine besondere Haftung legt § 204 H.-G.-B. den Mitgliedern des Aufsichtsrats auf, wenn sie bei den oben bei der Gründung erwähnten, ihnen zugewiesenen Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ausser acht lassen. Sie haften in diesem Falle der Gesellschaft zusammen mit den Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. B.-G.-B.).[1])

Der Begriff der Sorgfalt ist oben des näheren erörtert worden. Ebenso finden bezüglich Geltendmachung der Schadensersatzansprüche, Höhe derselben, Beweislast usw. die obigen Ausführungen analoge Anwendung und ist hier darauf zu verweisen.

Wie schon gesagt, haften die Aufsichtsratsmitglieder nach § 204 H.-G.-B. nur der Gesellschaft,[2]) nicht aber den Gesellschaftsgläubigern oder Aktionären gegenüber. Diese Haftung ist aber nur eine subsidiäre, d. h. soweit der Ersatz von den nach §§ 202, 203 verpflichteten Personen — d. s. insbesondere Gründer, Gründergenossen, Emissionshäuser — nicht zu erlangen ist. § 204 a. E. H.-G.-B.[3])

Bezüglich der Beweislast wollen wir kurz hervorheben, dass die klagende Aktiengesellschaft einmal zu beweisen hat, dass von den in erster Linie Verpflichteten Ersatz nicht zu erlangen ist,[4]) sodann, dass ihr durch die Prüfungstätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder Schaden entstanden ist.

Andererseits liegt den Aufsichtsratsmitgliedern insofern die Beweislast ob,[5]) als sie gemäss §§ 675, 666 B. G.-B. rechen-

[1]) Es haften aber stets nur diejenigen, welche die Prüfungspflicht verletzt haben, unter einander solidarisch gem. §§ 421 ff. B. G.-B.

[2]) cf. R.-G. Bd. 39 S 247 ff.; Riesser S. 74.

[3]) cf. Allgem. Begr. 1884 S. 192.

[4]) Auch hier bedarf es, wie oben, keiner Klage und Zwangsvollstreckung gegen diese, es genügt, wie die Allgem. Begr. 1884 S. 192 ausführt: „wenn nach richterlichem Ermessen der Ersatz von dem in erster Reihe Verhafteten aussichtslos ist". cf. Lehmann-Ring § 204 Nr. 3; Makower § 204 IV; Pinner S. 79.

[5]) Dies folgt aus der rechtlichen Stellung der Aufsichtsratsmitglieder im Gründungsstadium (cf. oben).

schaftspflichtig sind und die ordnungsmässige Ausübung ihrer Prüfungstätigkeit nachweisen müssen.[1])

Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder kann beseitigt werden insbesondere durch Vergleich, Verzicht und Verjährung. Inwieweit diese gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern von Wirkung sind, bestimmt sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Bezüglich Vergleiche und Verzichtleistungen hat aber das Handelsgesetzbuch bestimmt (§ 205), dass diese erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig sind. Aber unzulässig sind sie auch nach Ablauf dieser fünf Jahre, soweit in der Generalversammlung eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Nach § 205 S. 2 findet ferner die zeitliche Beschränkung keine Anwendung, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

Diese Bestimmungen sind im Interesse der Gesellschaft getroffen worden und aus der Novelle von 1884 übernommen.[2]) Denn vor dem Inkrafttreten der letzteren war häufig der Fall vorgekommen, dass die aus der Gründung Verpflichteten sich bald nach der Gründung Entlastung erteilen liessen, was u. U. von grossem Nachteil für die Aktiengesellschaft sein konnte.

Hat die Aktiengesellschaft mit den in erster Linie Verpflichteten einen Vergleich geschlossen, so erlischt damit auch zugleich der Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder, gleichgültig, ob die Aktiengesellschaft ganz oder teilweise befriedigt ist.[3])

Ist aber der Vergleich nur wegen der Vermögenslosigkeit der in erster Linie Verpflichteten zustande gekommen, so haften die Aufsichtsratsmitglieder für den event. Ausfall, und hat die

[1]) So Staub § 204 Anm. 4. A. M.: Goldmann S. 884 f.; Lehmann-Ring § 204 Nr. 4, die die Haftbarkeit als ausserkontraktliche bezeichnen und somit die Beweislast der Aktiengesellschaft zuweisen.

[2]) Hier betrug die Frist allerdings nur drei Jahre. cf. Art. 213 d.

[3]) cf. Lehmann-Ring § 204 Nr. 3.

Aktiengesellschaft in diesem Fall zu beweisen, dass nach den Umständen nicht mehr zu erlangen war.[1])

Weiter erlischt durch einen Verzicht der Aktiengesellschaft gegenüber den in erster Linie Verpflichteten auch der Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder.[2])

Nach § 206 H.-G.-B.[3]) verjähren die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§ 202—204 verpflichteten Personen in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.[4]) Die Verjährung beginnt hier also mit der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister. Der Gesetzgeber hat den Anfang der Verjährung festgelegt, um nicht die verantwortlichen Personen in zu langer Schwebe vor der Besorgnis einer Verfolgung zu lassen.

Bezüglich Hemmung und Unterbrechung der Verjährung finden die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 202 bis 205, 207—217 Anwendung.[5])

Über eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei der Nachgründung bestimmt das Handelsgesetzbuch nichts besonderes.

Eine solche ist aber trotzdem denkbar und lässt sich aus § 249 H.-G.-B. herleiten. In dieser Hinsicht wird auf die (in diesem Abschnitt) gemachten Ausführungen Bezug genommen.

Auch bezüglich der Fusion zweier Aktiengesellschaften (§ 306 H.-G.-B.) ist im wesentlichen auf diese Erörterungen zu verweisen.

Hier ist nur hervorzuheben, dass bezüglich Beginn, Hemmung und Unterbrechung der Verjährung das Handelsgesetzbuch keine Vorschriften enthält. Es kommen daher die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung.

Der Beginn der Verjährung ist der Zeitpunkt, in welchem die beiden Vermögensmassen vereinigt sind. Die Verjährungsfrist beträgt analog den obigen Vorschriften fünf Jahre.

[1]) cf. Staub § 204 Anm. 7.

[2]) cf. Behrend S. 770 § 112 Anm. 5.

[3]) Übernommen aus der Novelle von 1884, die auch die fünfjährige Verjährung hatte.

[4]) Eine Ausnahme bildet der oben erwähnte § 205 Satz 2 H.-G.-B.

[5]) cf. Küntzel S. 70; Makower § 205 III a S. 435; Staub § 204 Anm. 7.

e) Die Verantwortlichkeit gegenüber Aktionären und Dritten.

Auch Aktionären und Dritten gegenüber haften die Aufsichtsratsmitglieder, allerdings nicht aus den bisher erörterten Gründen der §§ 241, 249 H.-G.-B., bei deren Vorliegen nur die Gesellschaft und deren Gläubiger einen Anspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder geltend machen können, sondern nur aus einem selbständigen Schuldgrunde.

Diese Ansicht, welche bereits Renaud vertrat,[1]) wurde in die Novelle von 1884[2]) und in das Handelsgesetzbuch von 1897[3]) übernommen.

Diese Meinung ist für die Zeit des Bestehens der Aktiengesellschaft unbestritten. Für die Zeit nach Beendigung der Liquidation steht das Reichsgericht[4]) auf dem entgegengesetzten Standpunkt für Ansprüche, welche sich erst später herausgestellt haben, weil dann die Aktiengesellschaft die Rechte nicht mehr geltend machen könne.

Diese Ansicht entspricht dem Handelsgesetzbuche § 302 IV nicht, da hiernach, wenn sich nachträglich noch weiteres der Verteilung unterliegendes Vermögen herausstellt, die Liquidation wieder aufgenommen und fortgesetzt wird, somit von einer endgültigen Beendigung der Liquidation nicht gesprochen werden kann.[5])

Es ist daher wohl die erstere Ansicht auch für die Zeit der Liquidation als die richtige anzusehen.

Für diese Haftung der Aufsichtsratsmitglieder aus einem selbständigen Schuldgrunde können aber mangels besonderer handelsrechtlicher Bestimmungen nur die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die Vorschriften aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) in Betracht kommen.[6])

Man hat zu unterscheiden: Kontrahieren die Aufsichtsratsmitglieder für sich unmittelbar mit Aktionären oder Dritten, so

[1]) S. 610 ff., 633 ff.; cf. Goldschm. Z. Bd. 12 S. 3.

[2]) cf. Art. 241.

[3]) cf. §§ 249, 241, 204, 306. cf. auch R.-O.-H.-G. Bd. 19 S. 178 ff., Bd. 22 S. 239; R.-G. Bd. 28 S. 72.

[4]) cf. R.-G. Bd. 29 S. 4; dagegen R.-G. Bd. 28 S. 73.

[5]) cf. Cosack § 121 IV c S. 630; Lehmann-Ring zu § 241 Nr. 10; Pinner S. 158; Staub § 241 Anm. 21 S. 822; R.-G. Bd. 28 S. 73.

[6]) cf. Hagen S. 357/358.

haften sie nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches; kontrahieren sie dagegen nicht für sich, sondern nur für die Aktiengesellschaft, so tritt gleichfalls Haftung nach allgemeinen Grundsätzen, nämlich ausservertragliche Haftung — vertragsmässig haften sie hier nicht — nach den §§ 823 ff. B. G.-B. ein.[1])

Insbesondere kann hier eine Haftung nach § 826 B. G.-B. in Frage kommen. Dieser Paragraph bestimmt: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

So haften beispielsweise die Aufsichtsratsmitglieder, wenn Dritte Aktien erworben haben im Vertrauen auf die Richtigkeit der Erklärungen bezüglich der Verhältnisse der Gesellschaft, insbesondere einer günstigen Bilanz, die aber wider besseres Wissen falsch abgegeben waren.

Ist aber eine dolose Schädigung nicht erfolgt, sondern es liegt nur Fahrlässigkeit vor, so fragt es sich, ob Haftung eintritt, da es eine allgemeine Haftung wegen Fahrlässigkeit nicht gibt.[2])

In Betracht kommt hier insbesondere § 823 II B. G.-B., dessen Auslegung streitig ist.

Es kommt hier auf die Frage an, ob, wenn die Aufsichtsratsmitglieder sich einer Rechtsverletzung gegen die Aktiengesellschaft und deren Gläubiger schuldig gemacht haben, diese zugleich eine Verletzung der Rechte Dritter, die ausserhalb des Aktionärkreises stehen, enthalten kann, m. a. W. ob die handelsrechtlichen Bestimmungen im § 249 I als „Schutzgesetz" im Sinne des § 823 II B. G.-B. anzusehen sind, die also nicht nur den Schutz der Aktiengesellschaft und ihrer Gläubiger, sondern auch der Allgemeinheit bezwecken.

Die herrschende Ansicht, die den Standpunkt vertritt, dass der Begriff „Schutzgesetz" auch privatrechtliche Normen mitumfasse,[3]) scheidet sich bezüglich der Auslegung des § 823 II B. G.-B. in zwei Gruppen.

[1]) Für die Haftung mehrerer Aufsichtsratsmitglieder untereinander finden die Vorschriften der §§ 426, 840 B. G.-B. Anwendung.

[2]) cf. R.-G. Bd. 51 S. 93.

[3]) A. A.: Cosack, B. G.-B. Bd. I § 163 S. 598 II ff.

Die eine versteht unter Schutzgesetz jedes Gesetz, welches die Allgemeinheit zu schützen bestimmt ist, sofern nur durch dasselbe auch der einzelne, wenn auch nur mittelbar, mit geschützt werde.[1]) Hiernach fallen auch die aktienrechtlichen Vorschriften ganz allgemein unter diesen Begriff und schützen auch die Allgemeinheit.

Diese Auslegung erscheint uns als eine zu allgemeine und zu weitgehende, die weder aus dem Zweck des Gesetzes noch aus dem Gesetzestext hergeleitet werden kann. U. E. ist der Begriff einengend auszulegen und sind unter „Schutzgesetze" nur diejenigen zu verstehen, welche an bestimmte Einzelne oder Personenkreise zum Schutze anderer Einzelner oder Personenkreise erlassen sind. Sonach fallen die aktienrechtlichen Vorschriften nicht hierunter. Sie bezwecken lediglich den Schutz der Aktiengesellschaft und ihrer Gläubiger, nicht aber aller übrigen Personen, die ausserhalb des Aktionärkreises stehen.[2])

Denn die in Frage stehenden handelsrechtlichen Bestimmungen regeln nur das Verhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und denjenigen Personen, die für sie oder in ihrem Interesse tätig werden.

Unter dem „Anderen" im § 823 II B. G.-B. ist aber bei vertraglichem Verhältnisse nur der Gegenkontrahent zu verstehen, dessen Schutz allein sie bezwecken.

Für unsere Auffassung spricht auch das Gesetz selbst. Es hat nämlich, wie oben gezeigt, ausdrücklich bestimmt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats für die Verletzung ihrer Obliegenheiten verantwortlich sind allein der Gesellschaft und ihren Gläubigern. Damit hat es klar zum Ausdruck gebracht, dass eine weitergehende Haftung nicht besteht.[3])

[1]) cf. Mugdan Bd. II S. 1072 ff.; Oertmann S. 946 ff.; Planck S. 982 ff.; R.-G. Bd. 59 S. 236 ff.; Jur. Wochenschr. 1904 S. 554, 1905 S. 81 f.

[2]) cf. Dernburg Bd. 2 S. 615 ff.; Gareis zu § 249 Anm. 6; Staub § 241 Anm. 28; Staudinger S. 1431 ff. u. a. cf. auch R.-G. Bd. 63 S. 324 ff. D. J.-Z. 1897 S. 409 ff., 1907 S. 457 f.

[3]) cf. D. J.-Z. 1906 S. 1093.

2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Neben der zivilrechtlichen Haftung besteht heute auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats.

Noch die Gesetzgebung vor 1870 kannte betreffs der Mitglieder des damaligen fakultativen Aufsichtsrats keine oder nur ganz wenige Strafvorschriften.[1])

Erst die Novelle vom 11. Juni 1870 brachte im Art. 249 eine Bestimmung, wonach die Mitglieder des Aufsichtsrats neben denen des Vorstands mit Gefängnis bis zu drei Monaten bedroht wurden, wenn sie vorsätzlich behufs der Eintragung des Gesellschaftsvertrags in das Handelsregister falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals machen, ferner wenn durch ihre Schuld länger als drei Monate die Aktiengesellschaft ohne Aufsichtsrat geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat, oder wenn sie in ihren Darstellungen, in ihren Übersichten über den Vermögensstand der Aktiengesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen wissentlich den Stand der Verhältnisse der Aktiengesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern. — Daneben galten vom 1. Januar 1872 ab die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches vom 15. Mai 1871.

Diese Strafbestimmungen waren aber gänzlich unzureichend,[2]) wie die Krisenjahre 1870—1873 zeigten. Es wurden Delikte begangen, die weder unter die Bestimmungen des Art. 249 noch unter diejenigen des Reichsstrafgesetzbuches, insbesondere unter die §§ 263 und 266 Ziff. 2 sich unterbringen liessen.

Bezüglich des § 266 Ziff. 2, welcher wegen Untreue Bevollmächtigte bestraft, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen, war es überhaupt strittig, ob er auf die Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden war.

Das Reichsgericht[3]) entschied sich zwar für die Anwendung dieses Paragraphen.

[1]) cf. v. Hahn, Kommentar Art. 249 S. 765.

[2]) cf. Allgem. Begr. 1884 S. 377 ff.; Frassati a. a. O. S. 414 ff.

[3]) R.-G. in Strafs. Bd. 3 S. 35—40, Bd. 7 S. 279 ff.; cf. auch Oppenhoff a. a. O. Bd. 16 S. 762 ff., Bd. 19 S. 130, 547.

Im übrigen war sich Wissenschaft und Praxis aber einig, dass § 266 St.-G.-B. zu eng gefasst ist, um denselben auf die Mitglieder des Aufsichtsrats, die nicht eigentlich als Bevollmächtigte der Aktiengesellschaft anzusehen sind, anwenden zu können, dass im übrigen eine analoge Anwendung strafrechtlicher Bestimmungen aber unzulässig ist.

Es wurde daher eine Reform dieser strafrechtlichen Bestimmungen erstrebt, welche dann die Novelle von 1884 brachte. Die Bestimmungen derselben (Art. 249—249g) sind im wesentlichen[1]) mit nur geringen Abänderungen in das Handelsgesetzbuch von 1897 (§§ 312—319) aufgenommen worden.

Nach § 312 H.-G.-B. werden die Mitglieder des Aufsichtsrats . . . . , wenn sie absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handeln, mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bis zu 20000 M. bestraft. Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschliesslich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Dieser Paragraph entspricht dem Art. 249 des Gesetzes von 1884 und ist dem erwähnten § 266 Ziff. 2 St.-G.-B. nachgebildet,[2]) jedoch mit den Abweichungen, dass die Geldstrafe, welche im § 266 St.-G.-B. nur für den Fall der Bereicherungsabsicht festgesetzt ist, hier kumulativ angedroht wird,[3]) und sodann, dass, falls mildernde Umstände vorliegen, nur auf Geldstrafe erkannt werden kann.

§ 312 H.-G.-B. trifft auch die Stellvertreter der Mitglieder des Aufsichtsrats, „wenn sie absichtlich zum Nachteile der Aktiengesellschaft handeln".[4]) Ebenso fällt ein strafbares Handeln „vor" der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister unter § 312.[5])

Zum Tatbestande des § 312 H.-G.-B. gehört, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats . . . „absichtlich" . . . gehandelt haben. Der Begriff „absichtlich" deckt sich aber mit „wissentlich", „vorsätzlich".[6]) Zur Strafbarkeit genügt sonach das Be-

[1]) Art. 249d Nr. 1, 2 sind gestrichen, weil sie durch § 75 des Börsengesetzes ersetzt sind. cf. Denkschrift S. 173.

[2]) cf. Katz zu § 312 Anm. 1 S. 10.

[3]) cf. Allgem. Begr. 1884 S. 380.

[4]) cf. R.-G. Bd. 24 S. 84.

[5]) cf. R.-G. Bd. 5 S. 18 ff.; R.-G. in Strafs. Bd. 34 S. 412 f.

[6]) cf. Kom.-Ber. S. 34; Frassati S. 419 ff.; Katz Anm. 2 S. 11.

wusstsein, dass die Handlung den benachteiligenden Erfolg hat und rechtswidrig ist.[1]) Dem Handeln ist das absichtliche und pflichtwidrige Unterlassen gleichzusetzen.[2])

Zur Bestrafung reicht auch der dolus eventualis aus, aber nur dann, wenn der Handelnde den rechtswidrigen Erfolg sich als möglich vorgestellt und ihn event. mitgewollt hat.[3])

Andererseits kann aber ein „absichtliches" Handeln zum Nachteile der Gesellschaft nicht angenommen werden, wenn der Handelnde den Erfolg nicht gewollt hat, dieser jedoch eingetreten ist. Auch ist eine Benachteiligung der Gesellschaft nicht darin zu erblicken, dass Schenkungen gemacht sind, welche der Sitte entsprechen oder dem Interesse der Aktiengesellschaft zu dienen bestimmt sind.[4])

Weiter ist Voraussetzung für die Anwendung des § 312 H.-G.-B., dass die „Gesellschaft" einen Nachteil als Folge des strafbaren Handelns erlitten hat, nicht etwa die Gesellschaftsgläubiger oder die Aktionäre.[5])

Dabei ist unter „Nachteil" nur ein „Vermögens"nachteil zu verstehen, der regelmässig eingetreten sein muss, aber auch schon in einer blossen Gefährdung des Vermögens begründet sein kann.[6]) Somit fällt auch entgangener Gewinn darunter.[7])

Fuld[8]) fasst den Begriff des Nachteils weiter, indem er eine Herabsetzung in der öffentlichen Meinung genügen lässt: „ . . . . . er muss gegen das gesellschaftliche Interesse verübt worden sein. Keineswegs darf der Begriff des Nachteils lediglich auf eine Schädigung des Vermögens beschränkt werden; die Handlung, welche bewirkt, dass die öffentliche Meinung über den Stand der Gesellschaft und ihre Beziehungen eine

[1]) cf. Pinner S. 327; Stenglein zu § 312 S. 968 ff.; Tscharmann S. 35. cf. R.-G. in Strafs. Bd. 1 S. 173, 329 f., Bd. 7 S. 282, Bd. 14 S. 406, Bd. 16 S. 82, Bd. 26 S. 137 f., Bd. 27 S. 241 ff.

[2]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 11 S. 414.

[3]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 7 S. 283.

[4]) cf. Esser § 312 Anm. 5; Goldmann zu § 312 Anm. 1 S. 1253; Katz § 312 Anm. 4 S. 14; Lehmann-Ring § 312 Nr. 3 S. 625; Pinner S. 327; Staub § 312 Anm. 11, 12.

[5]) cf. R.-G. Bd. 27 S. 40.

[6]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 14 S. 404, Bd. 16 S. 79, Bd. 27 S. 40. cf. R.-G. Bd. 9. S. 170, Bd. 12 S. 397, Bd. 19 S. 83. cf. Katz Anm. 4 S. 14.

[7]) R.-G. in Strafs. Bd. 13 S. 8, Bd. 23 S. 55 ff., Bd. 26 S. 241, Bd. 27 S. 43.

[8]) a. a. O. S. 435.

ungünstigere wird, benachteiligt sie nicht minder wie die Veruntreuung von Vermögensstücken . . . . "

Diese Ansicht geht offenbar zu weit und können wir ihr daher nicht zustimmen.[1]) —

Machen die Aufsichtsratsmitglieder des weiteren zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft oder einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder in Ansehung des bisherigen oder der Zeichnung oder Einzahlung des erhöhten Kapitals oder in Ansehung des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder in Ansehung der im § 186 H.-G.-B. vorgesehenen bezw. der im § 279 H.-G.-B. bezeichneten Festsetzungen wissentlich falsche Angaben, so trifft sie die gleiche Strafe wie im § 312 H.-G.-B.[2])

Anderweite falsche Angaben oder solche, die nicht zu den genannten Zwecken gemacht werden, sind dagegen nach § 313 H.-G.-B. nicht strafbar.[3])

„Falsche Angaben" können auch in dem Verschweigen der wahren Verhältnisse erblickt werden.[4])

„Wissentlich" falsch sind die Angaben auch, wenn der Handelnde die ihm bewusste Abweichung von der Wahrheit für zulässig erachtet hat.[5]) Voraussetzung des § 313 H.-G.-B. ist aber nicht, dass der Aktiengesellschaft ein Schaden entstanden ist.

Der Tatbestand des § 313 H.-G.-B. ist als vollendet anzusehen, wenn das die wissentlich falschen Angaben enthaltende Schriftstück bei Gericht eingegangen ist.[6])

Der Zweck des § 313 H.-G.-B. ist der, zu verhüten, dass die Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird, bevor die gesetzlich notwendigen Bestimmungen betr. der Entstehung erfüllt sind.

---

[1]) Frassati S. 417.

[2]) cf. § 313 Ziff. 1 u. 3 H.-G.-B. cf. Art. 249 a Ziff. 1 u. 3 der Novelle von 1884.

[3]) cf. Gruchot Bd. 36 S. 778 ff.; Katz S. 24 Anm. 4; Mankiewicz S. 32; Pinner S. 329 Anm. 2 c.

[4]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 18 S. 115; Lehmann-Ring S. 626; Staub § 313 Anm. 1.

[5]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 14 S. 45.

[6]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 37 S. 27; D. J.-Z. 1904 S. 995; Katz S. 26 Anm. 12.

Des weiteren werden die Aufsichtsratsmitglieder wegen der im § 314 H.-G.-B. aufgezählten Pflichtwidrigkeiten mit Gefängnis bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu 20000 M. bestraft.[1])

Straffrei bleiben dagegen diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, die gegen den betr. Beschluss gestimmt und sich an dessen Ausführung nicht beteiligt haben.

Der schwerste Fall ist in Ziff. 1 aufgestellt. Hier kann auch gemäss Abs. II auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Zum Tatbestande der Ziff. 1 gehört, dass die Aufsichtsratsmitglieder in ihren Darstellungen, in ihren Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern.

Der Ausdruck „Darstellungen" ist im weitesten Sinne aufzufassen und sind darunter sowohl schriftliche wie mündliche Mitteilungen zu verstehen.[2])

Diese Darstellungen usw. müssen die Aufsichtsratsmitglieder natürlich in ihrer „amtlichen Eigenschaft" abgegeben haben.[3]) Eine solche unwahre Darstellung ist auch darin zu erblicken, dass der Aufsichtsrat eine falsche Darstellung des Vorstandes bewusst durchgehen lässt, ohne auf die Unrichtigkeit derselben hinzuweisen.[4]) Unwahr ist eine Darstellung aber nicht nur dann, wenn sie falsche Tatsachen, sondern auch, wenn sie bewusst unrichtige Schätzungen enthält. Insbesondere kommt es aber immer darauf an, dass die unwahre Darstellung ein unrichtiges Gesamtbild über den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft verursacht.[5])

Auch die Bezeichnung „Stand der Verhältnisse" ist im weitesten Sinne auszulegen.[6])

[1]) § 314 H.-G.-B. cf. Art. 249 b der Novelle von 1884.

[2]) cf. Küntzel S. 75 Anm. 270; Goldmann S. 1256 ff.; Lehmann-Ring S. 627 ff.; Staub § 314 Anm. 4; Stenglein zu § 314 S. 974 Nr. 2; R.-G. in Strafs. Bd. 5 S. 146.

[3]) cf. Katz Anm. 3 S. 30; Pinner § 314 II 1.

[4]) cf. Mankiewicz S. 32 f.; Stenglein zu § 314 S. 974 Nr. 3; Jur. Wochenschr. 1905 S. 550 Nr. 6.

[5]) cf. Lehmann-Ring S. 629 Nr. 4.

[6]) cf. R.-G. in Strafs. Bd. 21 S. 172; Goldmann § 314 Anm. 1.

Unter „Verschleiern“ ist eine Darstellung zu verstehen, welche die wahren Tatsachen derart undeutlich oder unkenntlich macht, dass sich ein unrichtiges Gesamtbild ergibt.

Als Mittel der Verschleierung kommen Unklarheiten und Zweideutigkeiten im Ausdruck, unrichtige Zahlengruppierungen usw. in Frage.[1])

Schliesslich bleibt noch die Vorschrift des § 315 Ziff. 1 H.-G.-B.[2]) zu erörtern,[3]) wonach die Mitglieder des Aufsichtsrats mit Gefängnis bis zu drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu 5000 M. bestraft werden, wenn länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrat geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat.

Diese Bestimmung ist, wie bereits oben dargetan ist, aus dem Gesichtspunkt heraus geschaffen, dass der Aufsichtsrat ein notwendiges und ständiges Organ der Aktiengesellschaft sein soll, um wirksam die ihm zugewiesenen Obliegenheiten erfüllen zu können.

Diese Vorschrift des § 315 H.-G.-B kann sich natürlich nur auf eingetragene Aktiengesellschaften beziehen,[4]) da (wie oben gezeigt ist) die Aktiengesellschaft erst mit der Eintragung in das Handelsregister nach aussen hin als rechtlich vorhanden gilt („besteht“) § 200 H.-G.-B. Demgemäss kann die dreimonatige Frist erst von der Eintragung an zu laufen beginnen.

Über die zur Beschlussfähigkeit erforderliche Mitgliederzahl ist bereits oben gesprochen und ist darauf zu verweisen.

In allen hier erwähnten Strafbestimmungen ist die Zubilligung mildernder Umstände zulässig und tritt dann ausschliesslich Geldstrafe ein.

In den Fällen der §§ 312, 313, 314 Ziff. 1 kann auch auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.[5])

---

[1]) cf. Bauer S. 202; Frassati S. 439 ff.; Katz Anm. 4 S. 31 f.; Stenglein S. 974 Nr. 3.

[2]) Diese ist im Gegensatz zu den bisher behandelten Begehungsdelikten ein Unterlassungsdelikt.

[3]) cf. Art. 249 c der Novelle von 1884; Frassati S. 441 ff. IV; Goldmann S. 1258 ff.; Katz § 315 S. 33 ff.; Lehmann-Ring S. 629 ff.

[4]) Auch wenn die Eintragung nichtig ist; cf. R.-G. in Strafs. Bd. 5 S. 162.

[5]) Gemäss § 32 St.-G.-B. jedoch nur, wenn die Dauer der erkannten Gefängnisstrafe drei Monate erreicht.

Im übrigen finden auf die besprochenen Strafbestimmungen die allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes Anwendung.

So kommen aus dem Strafgesetzbuche insbesondere die Bestimmungen über Teilnahme (§§ 47 ff.) und Verjährung (§ 67) in Betracht. Der Versuch bleibt hier straflos, da es sich um Vergehen handelt und gemäss § 43 der Versuch eines Vergehens nur in den Fällen bestraft wird, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt, was hier aber nicht geschehen ist.

Gemäss § 73 Ziff. 1 i. V. m. § 27 Ziff. 2 G.-V.-G. sind zur Aburteilung dieser strafbaren Handlungen die Strafkammern der Landgerichte zuständig.

C. Schlussbemerkungen.

Nachdem wir im vorstehenden eine Darstellung der Obliegenheiten des Aufsichtsrats und der Verantwortlichkeit seiner Mitglieder gegeben haben, wollen wir zum Schluss unserer Abhandlung noch kurz die Frage der Notwendigkeit einer Reform des Aufsichtsrats, soweit sie unser Thema betrifft, streifen.

Unter den vielen Vorschlägen für eine Reorganisation kann man zwei Hauptarten unterscheiden: einmal diejenigen, welche das Institut des Aufsichtsrats ganz abschaffen, sodann diejenigen, welche es zwar beibehalten, aber ändern wollen.

Die erste Ansicht („radikale") ist völlig zu verwerfen.

Die Vertreter derselben wollen an Stelle des Aufsichtsrats Revisoren setzen. Mit diesem Vorschlage erscheint aber nichts gewonnen, wenn man bedenkt, dass solche Revisoren entweder von der Aktiengesellschaft selbst bestellt werden, — in diesem Falle sind sie Angestellte derselben und als solche nichts weiter als eine Verschlechterung des von der Aktiengesellschaft unabhängigen Aufsichtsrats —, oder dass sie vom Staate bestellt werden, — in diesem Falle würde die staatliche Aufsicht, welche, wie wir zu Anfang unserer Abhandlung gezeigt haben, durch die Novelle von 1870 beseitigt worden ist, wieder eingeführt sein.

Im übrigen würde, um nur einen wichtigen Punkt herauszugreifen, schon gegen den Ersatz des Aufsichtsrats durch Revisoren sprechen, dass die Verantwortlichkeit eine wenig befriedigende Lösung finden würde, indem diese in materieller Hinsicht zum grössten Teil illusorisch würde, da vermögende Revisoren nur in verschwindend wenigen Fällen vorhanden sein dürften.

Der zweiten Meinung („gemässigte"), welche die Bestimmungen über den Aufsichtsrat im Wege der Gesetzgebung nur abändern will, ist, sofern sie Maß und Ziel hält und nur Erreichbares erstrebt, zuzustimmen. Denn es lässt sich nicht verkennen, dass hier Mängel vorhanden sind, die der Beseitigung dringend bedürfen.

Die gemachten Reformvorschläge erstrecken sich auf eine ganze Reihe von Punkten, von denen hier nur die wichtigsten in grossen Zügen erörtert werden sollen.

Der erste Punkt betrifft die passive Wahlfähigkeit und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats.[1]) Das Handelsgesetzbuch sagt nichts hierüber, es überlässt vielmehr der Aktiengesellschaft selbst, geeignete Personen in den Aufsichtsrat zu wählen. Die Wahl liegt, wie oben dargetan ist, der Generalversammlung, also der Gesamtheit der Aktionäre ob. Diese haben es somit in der Hand, nur wirklich tüchtige und im Geschäftsleben erfahrene Personen zu wählen. Vielfach sind aber diese Gesichtspunkte nicht massgebend. Vielmehr spielen ein klangvoller Name, Verwandtschaft („Vetternwirtschaft"), Kapitalkräftigkeit usw. bei der Besetzung der Aufsichtsratsstellen die Hauptrolle.

Ob hier der Gesetzgeber nach allen Richtungen hin wirksam einschreiten und zweckentsprechende Normen aufstellen kann, erscheint zweifelhaft.

U. E. wird aber eine gesetzliche Änderung wenigstens in folgender Hinsicht möglich und in gewisser Weise auch befriedigend sein. Einmal müsste nahe Verwandtschaft ein Wahlhindernis bilden, sodann müsste das finanzielle Interesse der Aufsichtsratsmitglieder mit der Aktiengesellschaft verknüpft werden, indem durch den Gesellschaftsvertrag ein bestimmter, nicht zu hoher Betrag festgesetzt wird, welchen die Aufsichtsratsmitglieder während der Dauer ihrer Amtszeit zu hinterlegen hätten.[2])

Letzterer Vorschlag hat aber den Nachteil, dass u. U. eine gerade für ein bestimmtes Unternehmen besonders geeignete, aber nicht vermögende Person nicht in den Aufsichtsrat gewählt werden kann. —

Des weiteren ist, um einem weiteren Übelstande, nämlich der Massenübernahme von Aufsichtsratsstellen vorzubeugen, der Vorschlag gemacht,[3]) die Zahl der von einer Person höchstens einzunehmenden Aufsichtsratsstellen gesetzlich festzulegen. Dieser an sich sehr nahe liegende Vorschlag erscheint sehr einfach und hat auch auf den ersten Blick vieles für sich. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch die Unmöglichkeit seiner Ausführung. — Einmal lässt sich eine bestimmte Zahl nicht festsetzen mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Geschäfts-

[1]) cf. Küntzel S. 88; Warschauer S. 10 ff.
[2]) cf. Warschauer S. 14 ff.
[3]) cf. Brockdorff a. a. O. S. 735 f.; Küntzel S. 99; Stier-Somlo S. 34.

betriebes der einzelnen Gesellschaften, auf Umfang und Art desselben, sodann mit Rücksicht auf die einzelnen Personen; denn es leuchtet ein, dass ein befähigter und geschäftsgewandter Mann leicht eine ganze Anzahl von Aufsichtsratsstellen „der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns entsprechend“ ausfüllen kann, während ein unbefähigter und mit geschäftlichen Dingen wenig vertrauter nicht einmal ein einziges Aufsichtsratsamt pflichtmässig zu bekleiden imstande ist.

Schliesslich sind hierbei von grosser Bedeutung die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse. In den meisten Fällen ist bei der Gründung einer Aktiengesellschaft eine Bank oder eine Bankengruppe insofern interessiert, als sie das Geld vorschiessen bezw. es in das Unternehmen stecken wird. Dass diese in solchen Fällen eine Vertretung im Aufsichtsrate der betr. Aktiengesellschaft zum mindesten durch ein Mitglied verlangt und wohl auch verlangen muss, erscheint begreiflich. Und dass damit leicht eine Häufung von Aufsichtsratsstellen auf eine Person stattfinden kann, ist natürlich, aber weiter nicht allzu gefährlich. Einmal steht die Bank dahinter und im übrigen besitzen solche Personen wenigstens die kaufmännische Schulung und Erfahrung, die die Erfüllung ihrer Obliegenheiten gewährleisten. Daneben besteht allerdings der Nachteil, dass die Bank die Aktiengesellschaft in ihrem Interesse ausnutzen kann.

Naturgemäss bildet den Mittelpunkt der Reformvorschläge die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats, seine Tätigkeit als Aufsichtsorgan. Bereits oben haben wir gezeigt, dass das Gesetz nur das Mindestmaß festlegt, im übrigen aber über den Umfang der Überwachungstätigkeit keine Bestimmungen trifft. — Hier setzen die Reformvorschläge ein.[1]) Man sagt, der Aufsichtsrat sei gar nicht imstande, diese ihm allgemein auferlegten Pflichten zu erfüllen; insbesondere treffe dies bei grossen Unternehmungen zu, wo von einer Überwachung der Gesellschaft „in allen Zweigen“ und von einem „sich unterrichten von dem Gange der Angelegenheiten“ „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ wohl kaum die Rede sein könne; denn es sei unmöglich, dass der Aufsichtsrat sich über alle Einzelheiten des Betriebes genau unterrichte. Man verlangt daher, dass der Gesetzgeber diese

[1]) cf. Stenglein a. a. O. S. 439 ff.; Stier-Somlo S. 47 ff.; Warschauer S. 7.

Pflichten näher spezialisiert und dem Aufsichtsrat Mittel gibt, die es ihm ermöglichen, sich über den Geschäftsbetrieb zu informieren.

Bevor wir uns darüber auslassen, dass ein solches Ziel im Interesse der Aktiengesellschaften wünschenswert erscheint, müssen wir unsere schon oben betonte Ansicht hervorheben, dass der Gesetzgeber im § 246 H.-G.-B. zwar eine möglichst umfangreiche Überwachung unter Berücksichtigung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 249 H.-G.-B.) verlangt, dass er aber keineswegs eine Beaufsichtigung im einzelnen über den ganzen Betrieb fordert, was er bei der jetzigen Rechtslage vom Aufsichtsrat auch gar nicht verlangen kann. Er verlangt allerdings nicht mehr und nicht weniger als eine Überwachung so, wie es die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfordert. Er überlässt es also dem Ermessen des Aufsichtsrats, danach seine Massnahmen zu treffen.

Das ist aber der reformbedürftige Punkt. Der Gesetzgeber muss hier notwendig eingreifen und Bestimmungen aufstellen, die es dem Aufsichtsrat erst ermöglichen, die Überwachung der gesamten Geschäftsführung der Gesellschaft wirklich auszuüben.

Auf Grund der allgemeinen Vorschriften des § 246 vermag er dies nur sehr unvollkommen und ist er selbst bei grösster Regsamkeit, bei Aufwendung von Mühe und Zeit und dem besten Willen, seine Pflicht zu erfüllen und in den Geschäftsbetrieb einzudringen, — ohne letzteres ist eine wirksame Überwachung doch nicht gut denkbar — mehr oder weniger auf die Auskunft und die Berichte des Vorstandes bezw. sonstiger Gesellschaftsbeamten angewiesen. Dabei sieht er sehr bald ein, dass er ohne solche Auskünfte vor dem Unmöglichen steht. Es bleibt ihm also nichts anderes übrig, als diesen Berichten Vertrauen zu schenken und danach die Verhältnisse der Aktiengesellschaft zu beurteilen. Dass dies aber keine wirkliche und nutzbringende Kontrolle genannt werden kann, ist deutlich ersichtlich. Es verläuft zwar meistens, solange der Vorstand ehrlich bleibt, ohne Schaden für die Aktiengesellschaft; tritt aber das Gegenteil ein, — und wie leicht versteht es oft der Vorstand, den Aufsichtsrat über alle Bedenken hinwegzutäuschen — dann ist das Unglück da und man macht den Aufsichtsrat für alles verantwortlich, obwohl dieser „nach bestem Wissen und Gewissen“ gehandelt haben mag.

Einem solchen Zustande muss der Gesetzgeber ein Ende machen.

Der gemachte Vorschlag, eine Teilung der Arbeitsleistung eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes, die Einführung von Aufsichtsratsdezernaten vorzuschreiben, erscheint sehr erwägenswert.[1])

M. E. hat der Gesetzgeber allgemein die Einrichtung von Aufsichtsratsdezernaten, welche die Tätigkeit des Aufsichtsrats ausführlich und genau regeln müssen, als zwingendes Recht auszusprechen, die Entscheidung dagegen darüber, welcher Art und in welcher Zahl dieselben aufzustellen sind, jeweils mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der Aktiengesellschaften dem Gesellschaftsvertrage zu überlassen.

Des weiteren ist es m. E. erforderlich, dass die zweckentsprechende Befolgung dieser Vorschriften alljährlich vom Gericht unter Begutachtung seitens der Handelskammer nachgeprüft wird, insbesondere ob bei fortschreitender Entwickelung und besonderer Gestaltung des Betriebes der Aktiengesellschaften die event. erforderliche weitere Einführung von Dezernaten erfolgt ist. — Bezüglich der Einrichtung der verschiedenen notwendigen Dezernate ist auf die treffenden Ausführungen Warschauers[2]) zu verweisen.

Die Tätigkeit der einzelnen Dezernate läuft zusammen in dem Gesamtkollegium. Dieses muss regelmässige Sitzungen, mindestens einmal im Monat abhalten und die gesamte Lage der Aktiengesellschaft eingehender Prüfung unterziehen.

In diesem Sinne ist der Vorschlag, aus den Rechten des § 246 Pflichten zu machen, zu billigen.[3])

Erst nach Einführung solcher Bestimmungen vermag der Aufsichtsrat eine Kontrolltätigkeit auszuüben, welche den Interessen der Aktiengesellschaft auch wirklich dient.

Auf Grund derartiger Vorschriften erfährt schliesslich auch die Frage der Verantwortlichkeit (§ 249) der Aufsichtsratsmitglieder eine befriedigende Lösung. Durch Einführung der Dezernate ist die Tätigkeit jedes Aufsichtsratsmitgliedes genau abgegrenzt und lässt sich hiernach stets prüfen, ob es im gegebenen Falle die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewendet hat. Damit wird aber auch eine jetzt bestehende

[1]) cf. Näheres Warschauer S. 19 ff.
[2]) cf. S. 21 ff.
[3]) cf. Stier-Somlo S. 51.

Ungerechtigkeit beseitigt, wonach bei der solidarischen Haftung der schuldigen Aufsichtsratsmitglieder den weniger Schuldigen dieselbe finanzielle Verantwortung trifft, wie den am meisten Schuldigen. Durch die Einrichtung der Dezernate ist aber eine gerechte Verteilung der Haftpflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes möglich. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied haftet dann zunächst für sein Dezernat, und zwar mit seinem ganzen Vermögen. Hierdurch wird zugleich erreicht, dass die Aufsichtsratsmitglieder den ihnen zugewiesenen Teil der Tätigkeit mit der erforderlichen Sorgfalt bearbeiten. Nur, wenn das Vermögen eines Mitgliedes zur Deckung des von ihm herbeigeführten Schadens nicht hinreichend ist, so tritt die solidarische Haftung ein, und zwar derart, dass der nicht gedeckte Teil des Schadens gleichmässig verteilt wird.[1])

Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder erleidet somit der Aktiengesellschaft wie auch Dritten gegenüber keine Änderung, nur im inneren Verhältnis findet eine gerechtere Verteilung statt.

Ein Anlass, die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder dagegen zu verschärfen, liegt somit nicht vor. —

Damit haben wir eine kurze Übersicht und Erörterung der wichtigsten in den Rahmen unserer Abhandlung gehörenden Reformvorschläge gegeben.

Dass aber selbst nach Einführung derartiger Reformen seitens des Gesetzgebers sich immer noch Mängel im Aufsichtsratswesen zeigen werden, lässt sich nicht vermeiden. Einen völligen Schutz zu bieten, ist der Gesetzgeber nicht imstande. In der Hauptsache müssen auch die Aktionäre sich mehr mit den inneren Verhältnissen der Aktiengesellschaft vertraut machen, indem sie durch regelmässiges Erscheinen in der Generalversammlung ihre Interessen selbst wahrnehmen.

---

[1]) cf. Stier-Somlo S. 63, welcher eine Haftung des gesamten Aufsichtsrats in erster Linie verlangt. Im Wege der Regressklage könnten die Aufsichtsratsmitglieder gegen das schuldige Mitglied vorgehen.